Beiträge

zur Bearbeitung

des

Römischen Rechts.

Beiträge

zur Bearbeitung

des

Römischen Rechts.

Von

Dr. Ch. G. Adolf von Scheurl,
Professor der Rechte an der Universität Erlangen.

Erlangen,
Verlag von Theodor Bläsing.
1853.

Druck von Fr. Campe & Sohn in Nürnberg.

Vorwort.

Seit wir gelernt haben, in dem Römischen Rechte etwas Anderes zu erblicken, als den todten Buchstaben eines zufällig bei uns in Geltung gekommenen und leider noch nicht überall abgeschafften Gesetzbuchs Kaiser Justinians, seit wir darin die klassische Ausprägung und Gestaltung der Rechtsidee selbst erkennen, welche der deutsche Geist berufen war, wie die andern Schöpfungen des klassischen Alterthums in sich aufzunehmen, sich daran zu nähren und zu bilden, hat unter uns eine solche Fülle der edelsten und reichsten geistigen Kräfte der Bearbeitung des Römischen Rechts in diesem Sinne sich zugewendet und so Vieles darin geleistet, daß wir uns nicht werden wundern

dürfen, wenn wir mehr und mehr Mahnstimmen hören werden, welche uns zurufen, es sei nun hohe Zeit, diese Arbeit für jetzt wenigstens abzuschließen und mit vereinten Kräften volksthümlichere und dringendere Aufgaben anzugreifen. Allein ich meine, es gilt auch hier, das Eine thun und das Andere nicht lassen. Die Mannigfaltigkeit der Anlagen und Neigungen verhütet es von selbst, daß über der fortgesetzten Bearbeitung des Römischen Rechts andere Aufgaben, die an der Zeit sind, liegen bleiben. Diese würden aber gar nicht einmal dadurch gefördert werden, daß wo sich lebendiger Trieb zu jener Arbeit findet, er absichtlich unterdrückt würde. Zudem ist das in der That auch volksthümliche und dringende Werk der Assimilirung und daß ich so sage Verdeutschung des Römischen Rechts noch keineswegs vollbracht, und unsre Rechtswissenschaft darf auch von der fortgesetzten absichtslosen, hingebenden, gelassenen Versenkung in die reinen Quellen des Römischen Rechts noch eine reiche Vermehrung der verjüngenden und läuternden Kräfte, die auf jedem geistigen Gebiete aus ernster und liebevoller Beschäfti-

gung mit dem klassischen Alterthum zu schöpfen sind, für ihre eigensten Aufgaben erwarten.

So übergebe ich eine kleine Sammlung von Beiträgen zur Bearbeitung des Römischen Rechts, wozu der Stoff aus anhaltenden, vornehmlich zum Zwecke akademischer Vorträge wiederholt gepflogenen Studien sich ergeben hat, dem juristischen Publikum ohne die Besorgniß, Wasser ins Meer zu tragen, und gedenke auch sehr bald ein zweites Heft nachfolgen zu lassen. Freilich wird Alles darauf ankommen, ob diese Beiträge durch ihren Gehalt sich als berechtigt erweisen werden, den trefflichen Arbeiten sich anzureihen, welche wir in diesem Fache bereits besitzen und immer von Neuem wieder erhalten. In dieser Hinsicht bleibt mir nichts Anderes übrig, als wünschend und hoffend dem Urtheil der Sachkundigen entgegenzusehen.

Vielleicht ist es manchem Leser anstößig, daß diese Abhandlungen gegen die herrschende Sitte mit so wenigen Anmerkungen versehen sind. Ich gestehe, daß man sich nach meiner Meinung zu sehr daran gewöhnt hat, in Anmerkungen auszuscheiden, was die Alten

zu größerer Bequemlichkeit des Lesers in den Text zu verarbeiten pflegten. Auch mit Verweisungen auf die frühere Litteratur werde ich vielleicht Vielen als zu sparsam erscheinen. Doch hoffe ich, daß Kenner sich überzeugen werden, es habe dies wenigstens nicht in absichtlicher Vernachlässigung derselben seinen Grund. Uebrigens kommt es ja doch nur darauf an, ob das, was gesagt wird, wahr ist, und nicht darauf, wie viele Andere dasselbe, oder Aehnliches, oder Entgegengesetztes gesagt haben.

Erlangen, den 28. Dec. 1851.

Scheurl.

Inhalt.

Inhalt.

I.

Die Erbschaft vor, in und nach ihrem Uebergang an den Erben.

In zwei Beziehungen zunächst ist das Wesen der Erbschaft Gegenstand juristischer Betrachtung: einmal als Gegenstand des Erbrechts — d. h. des Erbenrechts oder nach der gewöhnlichen Ausdrucksweise des Erbrechts im subjektiven Sinn — und zweitens in Beziehung auf den möglicherweise längere Zeit dauernden Zustand, vermöge dessen sie zwischen dem Tode des Erblassers und dem Antritte des Erben als ein subjektloses (herrenloses) Vermögen erscheint; oder, um die — wenn auch nicht durchaus Römischen[1]), so doch uns geläufigen Kunstausdrücke zu gebrauchen: erstens als hereditas delata und acquisita und zweitens als hereditas jacens.

Nach der bis jetzt noch ziemlich gangbaren Vorstellung ist das Ergebniß ein ganz anderes, je nachdem wir die Erbschaft in der ersten oder in der zweiten Beziehung in das Auge fassen. In jener sollen wir sie uns als reines und unmittelbares Rechtsobjekt — wenn auch allerdings nicht als einen einfachen Gegenstand, eine Sache, sondern als eine universitas und zwar, wie man zu sagen pflegt, eine universitas juris — aber eben doch wie gesagt als reines und un-

---

1) Denn hereditas „jacens“ ist allerdings, streng genommen, kein Römischer Kunstausdruck. S. Jhering Abhandlungen aus dem R. R. S. 149. Anm. 1.

mittelbares Rechtsobjekt zu denken haben; in der letztern Beziehung dagegen als eine juristische Person. Man nimmt an, in dem Augenblick, wo der Erblasser stirbt, ohne einen necessarius heres zu hinterlassen, wird seine Verlassenschaft zu einer juristischen Person und bleibt es so lange, bis der Erbe die Erbschaft antritt. In diesem Augenblick hört sie auf, juristische Person zu sein, verwandelt sich in einen blosen Erwerbsgegenstand für den Erben, und wird durch dessen Antritt zu einem unterschiedslosen Bestandtheil seines Vermögens. Ist der Erbe necessarius heres, so nimmt die Erbschaft sofort diese Beschaffenheit an, ohne je eine juristische Person zu werden.

Diese Vorstellungsweise halte ich für ganz falsch und bin überzeugt, daß im Wesentlichen die Auffassung Puchta's [2]) die richtige sei, welche ich nun zunächst auf einige, ihren Gegensatz zu jener eben dargestellten Anschauungsweise deutlichmachende Sätze zurückführen und dann versuchen will, sie namentlich gegen die abweichenden Ansichten, welche Ihering in seiner geistvollen Abhandlung von der hereditas jacens aufgestellt hat, zu vertheidigen. Es wird dabei aber die Erbschaft nicht blos in den zwei oben bezeichneten Beziehungen, sondern auch und zwar mit vorzüglicher Sorgfalt in Beziehung auf den Moment ihres Uebergangs an den Erben in das Auge gefaßt werden müssen.

Ich behaupte also — im Wesentlichen Puchta folgend —:

I. Das Vermögen eines Verstorbenen, indem es durch seinen Tod zur Erbschaft wird, ist von diesem Augenblicke an so anzusehen, als ob es sein bisheriges Subjekt, die Person des Verstorbenen, nun in sich selbst trüge.

II. Hierdurch besitzt die Erbschaft als hereditas jacens ein fingirtes Subjekt, und eben damit die Fähigkeit, sich nicht nur als Vermögen zu erhalten, sondern auch zu vermehren, und andrerseits mit Verbindlichkeiten belastet zu werden.

---

2) Pandekten §§. 446—450. Vorlesungen Bd. 2. S. 284 ff.

III. Auch als Gegenstand der delatio und acquisitio aber ist die hereditas keineswegs reines und unmittelbares Rechtsobjekt, sondern ebenfalls ein die Persönlichkeit des Erblassers in sich tragendes Vermögen, also Subjekt und Objekt zugleich, so daß jenes, das Subjekt d. h. die in der Erbschaft fortlebend gedachte Person des Verstorbenen unmittelbarer, dieses, die Verlassenschaft blos mittelbarer Gegenstand der Delation und des Erwerbs ist. Delation und Erwerb des Erbrechts haben zunächst nur die Bedeutung, daß an den Erben der Beruf ergeht und von ihm angenommen wird, die Person des Erblassers in sich aufzunehmen. Erst als Folge davon, daß hierdurch diese Person in das Rechtsgebiet des Erben eingetreten ist, muß es betrachtet werden, daß auch das Vermögen, dessen Subjekt die in den Erben übergehende Person des Erblassers ist, also die Erbschaft in diesem Sinn in das Vermögen des Erben übergeht.

IV. Endlich ist jedoch dieser durch den Erbschaftserwerb erfolgende Uebergang der Person des Erblassers in die des Erben nicht zugleich auch der Untergang der ersteren d. h. der Fiktion ihrer Fortdauer. Die Erbschaft behält auch nach dem Erwerb die Eigenschaft, ein sein Subjekt in sich tragendes Vermögen zu sein. Zwar die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten, welche den Inbegriff der Erbschaft ausmachen, werden durch den Erwerb der Erbschaft Rechte und Verbindlichkeiten des Erben selbst. Das Recht des Erben an der Erbschaft aber als solcher, welches der Erbe durch die Erwerbung der Erbschaft nicht verliert, bleibt fortwährend vermittelt durch sein Recht an der damit in ihn übergegangenen Person des Erblassers; die Erbschaft als solche gehört ihm fortwährend nur, weil die Person des Erblassers so zu sagen die seinige geworden ist.

V. Wenn der Erwerb der Erbschaft geschehen ist, so wird seine Wirkung auf den Augenblick zurückbezogen, in

welchem der Erblasser gestorben ist [3]). Es wird also dann so betrachtet, als wäre der Erbe damals schon Herr des erbschaftlichen Vermögens und so auch Subjekt der darin enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten geworden. Damit steht es jedoch nicht in Widerspruch, daß für die Zwischenzeit die hereditas selbst (insofern ihr eben zugleich Persönlichkeit zugeschrieben wird) als Subjekt dieser Rechtsverhältnisse gilt. Weil sie nun wegen der Rückwirkung des Antritts auch schon für diese Zeit als eine von dem Erben in sich aufgenommene Persönlichkeit gilt, so müssen ihre Rechtsverhältnisse in dieser Zeit zugleich (unmittelbarer Weise) als ihre eigenen und (mittelbarer Weise) als Rechtsverhältnisse des Erben gelten.

Absichtlich habe ich bei der Fassung dieser Sätze den Ausdruck: „juristische Person" vermieden. Zwar ergibt der] Inhalt meiner Thesen von selbst, daß ich der Erbschaft und zwar in jedem Stadium ihres Daseins zuschreibe, was man gewöhnlich juristische Persönlichkeit zu nennen pflegt. Allein ich hege Zweifel gegen die Angemessenheit eines Sprachgebrauchs, der zwischen fingirten Personen, wie es die Korporationen und Stiftungen sind, und einer fingirten Person, wie es die hereditas oder eigentlich ihr Subjekt d. h. die in der irdischen Welt nicht mehr daseiende Person ihres Erblassers ist, keinen Unterschied macht. So wenig ich Savigny's Ansicht [4]) über die Bedeutung der juristischen Fiktion, kraft welcher die Römische Jurisprudenz der hereditas Persönlichkeit beilegt, in ihrem ganzen Umfang theilen kann, so sehr stimme ich ihm doch darin bei, daß — wie er sich ausdrückt [5]) — „die ruhende Erbschaft auch im

3) D. h. in welchem er wirklich gestorben, oder (z. B. vermöge der fictio legis Corneliae oder einer Todeserklärung) als gestorben zu denken ist.

4) S. dessen System des heutigen R. R. Bd. II. §. 102.

5) Ebendaselbst S. 372.

„Sinne der Römer keine juristische Person war, und wenn „sie in einer Stelle (L. 22 D. de fidejuss. 46,1.) mit Kor„porationen verglichen wird, das blos den Sinn hat, „daß sowohl bei ihr, als bei jenen eine Fiktion angewen„det wird"; vorausgesetzt nämlich, was schon in Savigny's Worten liegt, daß man nicht „juristische" Person als gleichbedeutend nimmt mit: „fingirter" Person.

Ich muß, um dies deutlicher zu machen und zu rechtfertigen, etwas weiter ausholen und auf eine Erörterung des Wesens der wahren juristischen Personen eingehen, indem ich mit Ihering[6]) in diesem Punkte zwar in Beziehung auf das Resultat ganz übereinstimme, seine Begründung desselben aber nicht als erschöpfend anzuerkennen vermag.

Ordentlicherweise ist die Bildung eines Vermögens nichts Anderes als das Ergebniß jener Aeußerungen der Persönlichkeit eines rechtsfähigen menschlichen Individuums, wodurch es allmählig einen bestimmten Inbegriff äußerer Güter seinem rechtlichen Willen unterwirft, um sich dadurch die Befriedigung seiner manchfachen Bedürfnisse dauernd zu sichern. Nun finden sich aber in allen einigermassen entwickelten bürgerlichen Gesellschaften Güterinbegriffe, welche zwar gleichfalls die Bestimmung haben, die Befriedigung gewisser Bedürfnisse, die Erreichung gewisser Zwecke auf die Dauer zu sichern, ohne daß jedoch diese Bedürfnisse und Zwecke die eines einzelnen menschlichen Individuums und ohne daß es die Aeußerungen der Persönlichkeit eines solchen sind, welche die Vereinigung von Gütern dieser Art zu einer Einheit bewirkt haben; wie wir in unsern heutigen Zuständen dergleichen Güterinbegriffe für die Zwecke des Staats, der Kirche, der politischen und religiösen Gemeinden, der Unterrichts- und Wohlthätigkeitsanstalten u. s. w. in reicher Fülle und Mannigfaltigkeit bestehen sehen.

---

6) A. a. O. S. 230 ff.

Während die gewöhnliche Entstehung eines Vermögens auf dem Triebe eines Individuums, sich ein eigenes, Andere ausschließendes Gebiet äußerer Macht und Herrschaft zu gründen und dem Gelingen beruht, welches den Regungen dieses selbstsüchtigen — wiewohl natürlichen und berechtigten — Triebes zu Theil geworden, verdanken diese letztern Güterinbegriffe umgekehrt ihre Entstehung vielmehr regelmäßig wenigstens dem Gemeinsinne oder dem Triebe opferwilliger Liebe der Einzelnen. Ihr Streben, nicht sich, sondern einem Ganzen, als dessen blose Glieder sie sich fühlten, zu erwerben, ihre Willigkeit, sich eines Theils ihres Eigenthums zu entäußern, hat jene Güter den Zwecken, welche mittelst derselben fortwährend erreicht werden, dienstbar gemacht. Gebildet also haben sich solche Güterinbegriffe ganz anders, als sich ein Vermögen zu bilden pflegt; aber nachdem dies geschehen ist, müssen sie — dies fordert derselbe Grund, aus welchem sie entstanden sind, — dennoch wie ein Vermögen behandelt werden. Soll dadurch wirklich die Befriedigung der Bedürfnisse, welchen sie gewidmet sind, bleibend gesichert sein, so muß ihre Dienstbarkeit für diese Bedürfnisse denselben Rechtsschutz genießen, den das Eigenthum des Einzelnen genießt, sie müssen auch jener Einheit eines Organismus theilhaftig werden, wodurch es bei dem Vermögen des Einzelnen möglich wird, daß dieses gleichsam aus sich selbst von innen heraus wächst und zunimmt; der Zustand, wornach solche Güter bestimmten Zwecken völlig und ausschließlich dienen, muß die Beschaffenheit von Rechten an ihnen annehmen, diese Rechte müssen durch Klagen und Einreden verfolgt und vertheidigt, es müssen zu ihnen neue Rechte hinzu erworben werden können u. s. f. Alles dieses aber ist bedingt dadurch, daß eine Person da sei, der diese Rechte zugeschrieben, in deren Namen sie verfolgt und vertheidigt, von welcher die neuen Rechte, durch welche der Güterinbegriff sich vermehren soll, erworben werden können. Ein Ver-

mögen verlangt zu seinem Bestehen eine Person als Vermögenssubjekt. Es müssen also die mannigfachen Zwecke, welchen ein solcher Güterinbegriff dienstbar sein soll, gleichsam in Einer Idee concentrirt und diese Idee selbst personificirt, es muß ihr Persönlichkeit beigelegt, sie muß in der Vorstellung zu einer Person erhoben werden.

Auf diesem juristischen Denkprozesse — wenn ich mich so ausdrücken darf — beruht unser Begriff der juristischen Personen, die sich uns in der Wirklichkeit theils als Korporationen, theils als Stiftungen darstellen.

Es ist wahr, alle diese juristischen Personen sind „fingirte Vermögenssubjekte". Allein gewiß ist es nicht minder wahr, daß diese Bezeichnung den Begriff der juristischen Person keineswegs erschöpft. Und so kann es gar wohl ein fingirtes Vermögenssubjekt geben, das nicht juristische Person ist, das vielmehr abgesehen von jener Eigenschaft, fingirtes Vermögenssubjekt zu sein, eine von den wahren juristischen Personen höchst verschiedene Natur hat, und mit diesen nicht zusammengeworfen werden darf, wenn man nicht ganz Ungleichartiges auf ungehörige und irreführende Weise mit einander verbinden will.

Die Erbschaft ist nun ein Vermögen mit einem fingirten Subjekt, indem ihre Behandlung als Vermögen nur ermöglicht wird durch die Fiktion fortdauernder Persönlichkeit des verstorbenen Erblassers; aber deshalb ist sie noch keine juristische Person. Sie ist ein Vermögen, das ganz auf die gewöhnliche Art entstanden ist und ganz die Bestimmung eines gewöhnlichen Vermögens hat: der willkührlichen Befriedigung von Bedürfnissen eines menschlichen Individuums zu dienen; die Fiktion des Subjekts macht sie nicht erst zu einem Vermögen, sondern verhütet nur, daß sie aufhöre als Vermögen zu gelten; auch besteht die Fiktion nicht in der Personificirung einer Idee, sondern nur in der Annahme des Fortbestandes einer untergegangenen menschlichen Persönlichkeit..

Es läßt sich daher zwar die Erbschaft mit den juristischen Personen vergleichen; sie hat mit ihnen etwas gemein: die Fiktion einer in der Wirklichkeit dieser irdischen Welt nicht vorhandenen Persönlichkeit; aber sie gehört darum noch nicht in die Reihe der juristischen Personen; sie trifft in einer Beziehung mit ihnen zusammen; in vielen andern und wichtigen Beziehungen unterscheidet sie sich wesentlich von ihnen.

Nur in diesem Sinne sagt Florentinus in L. 22. D. de fidejuss. (46, 1):

> Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.

D. h. die Verbindlichkeiten eines Verstorbenen dauern fort, auch ohne in der natürlichen Person eines Erben ein neues Subjekt erlangt zu haben, weil die Erbschaft selbst ebenso eine Person vorstellt, wie eine Korporation; sie ist in dieser Beziehung den Gütern juristischer Personen ähnlich, daß sie als Vermögen behandelt wird, ohne an einer wirklichen Person ein Subjekt zu besitzen.

Der Unterschied zwischen der fingirten Persönlichkeit der hereditas und den wahren juristischen Personen besteht namentlich darin. Es ist bei diesen ein außerhalb ihres Vermögens liegender Zweck oder vielmehr in der Regel ein mannigfaltiger Inbegriff von Zwecken gegeben, welchen jenes Vermögen dienen soll, während der hereditas nur darum Persönlichkeit beigelegt wird, um sie fortwährend als ein gewöhnliches Vermögen behandeln, namentlich, um ihre Bestandtheile fortwährend als produktiv betrachten, um die dazu gehörigen aktiven und passiven Obligationen als fortbestehend behandeln zu können [7]. Jene selbstständigen Zwecke werden bei den juristischen Personen personificirt

7) Vergl. Ihering a. a. O. S. 235.

und erhalten dadurch eine dauernde selbstständige Existenz als eine ganz eigene Klasse juristischer Wesen, welche von den rechtsfähigen menschlichen Individuen scharf geschieden sind, aber für das Vermögensrecht als eben so lebensvoll und unabhängig gelten, wie diese. Ihr Vermögen behält fortwährend einen eigenthümlichen rechtlichen Charakter, der sich mehr und mehr in verschiedenen Begünstigungen des Rechtsschutzes, der ihm gebühre, ausprägt. Ferner muß jede juristische Person nothwendig menschliche Organe für ihr juristisches Handeln haben, und zwar so, daß sie verfassungsmäßig sich immer wieder erneuern. Dagegen bei der hereditas wird nicht ein bloser Gedanke personificirt, sondern es wird für sie ein Subjekt gewonnen durch die Fiktion, daß die Persönlichkeit des verstorbenen Erblassers in ihr fortdauere. Die Person aber, die dadurch gewonnen wird, ist ganz gleichartig den lebenden, wirklichen menschlichen Individuen; es wird jedoch immer berücksichtigt, daß der Träger dieser persona kein Lebendiger, sondern ein ex rebus humanis Abgeschiedener sei, so weit nicht eben gerade der Zweck der ganzen Fiktion das Gegentheil fordert. Und dann ist diese fingirte Person keineswegs zu dauernder Unabhängigkeit bestimmt, vielmehr hat sie wesentlich die Bestimmung, mit ihrem Vermögen je eher je lieber in das Rechtsgebiet einer in rebus humanis wirklich existirenden Persönlichkeit einzutreten, von dieser in sich aufgenommen zu werden; die Erbschaft soll angetreten werden, nicht um im Vermögen des Erben zu verschwinden, aber um Bestandtheil desselben zu werden, und in dem Erben einen lebendigen neuen Herrn zu gewinnen. Eben deshalb bekommt sie auch in der Regel keine eigenen Organe (wenn sie solche nicht schon — wir reden hier vom reinen Römischen Rechte — in dazu gehörigen Sklaven hat); ist die Erbschaft angetreten, so ist der Erbe der natürliche Repräsentant jener fingirten Persönlichkeit, und *inzwischen* ihr ein Organ zu geben, ist man um so weniger in der Regel veranlaßt, weil

man ja will, daß der Erbe eile, sich selbst zu ihrem Repräsentanten zu machen.

Eine sehr merkwürdige Anerkennung dieses Wesensunterschieds zwischen der hereditas und den juristischen Personen liegt in dem Römischen Rechtssatze, daß eine juristische Person von der Art einer Stadtgemeinde einen Ususfructus haben, eine hereditas nicht haben kann:

L. 61 §. 1 D. de A. R. D. (41, 1). Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur. [8]).

Dies erklärt sich eben aus jener wesentlichen Verschiedenheit der hereditas von den eigentlichen juristischen Personen auf die einfachste und befriedigendste Weise.

Der Ususfructus besteht darin, daß nicht die Substanz, aber der vollständige Gebrauch und Genuß einer Sache unabhängig vom Willen ihres Eigenthümers den Bedürfnissen einer Person dienstbar sein soll. Juristische Personen haben solche Bedürfnisse, für welche der Genuß und Gebrauch von Grundstücken, Thieren u. s. f. wünschenswerth sein kann. Die hereditas aber, d. h. die Person des verstorbenen Erblassers, deren Fortexistenz nur fingirt wird, damit der Nachlaß Vermögen bleibe, ist eine bedürfnißlose Person. Bei den juristischen Personen hat der ususfructus Sinn, bei der hereditas hätte er in der That keinen.

Puchta selbst, welcher in seiner trefflichen Rezension von Savigny's System [9]) dessen Behauptung, daß die Erbschaft keine juristische Person sei, bekämpft, gesteht sie dort in dem Sinn, in welchem ich sie mir aneigne, insofern zu, als er (S. 713) sich wiederholt zu einer von ihm in dem Art. Korporationen in Weiske's Rechtslexikon B. III. gemachten Aeußerung bekennt, die wörtlich so lautet:

8) L. 26 D. de stip. serv. (45, 3). [Vat. fr. §. 55.]

9) Richter's krit. Jahrbücher Bd. VII. (1840.) S. 673 ff.

„Es gibt juristische Personen, welche nur zu dem Behufe an=
„genommen sind, um ein Subjekt für ein bestehendes Ver=
„mögen zu haben, wie dieß bei der in einer Erbschaft vor=
„ausgesetzten Persönlichkeit der Fall ist; andere dagegen, die
„nicht blos für einen vorübergehenden Zweck erdacht werden,
„treten in die Reihe der Personen auf eine dauerndere und
„mit einer für den rechtlichen Verkehr bedeutenderen Stel=
„lung ein.“ In der Sache selbst weicht daher auch über diesen Punkt meine Ansicht von der Puchta's gar nicht ab. Aber insoweit muß ich mich hierin allerdings im Gegensatze zu ihm auf Savigny's Seite schlagen, als ich glaube und nachgewiesen zu haben hoffe, daß eben aus dem, was, wie man sieht, Puchta selbst einräumt, und was ich oben nur weiter ausgeführt habe, folgt, es müsse der Begriff der wahren juristischen Personen enger gefaßt, diese Bezeichnung auf Korporationen (im weitern Sinn) und Stiftungen beschränkt und für die Erbschaft lieber blos der Ausdruck: fingirte Person gebraucht werden.

Nach dieser, wie ich denke, doch wohl mehr scheinbaren als wirklichen Abschweifung scheint es mir angemessen und nöthig, den weiteren Erörterungen einige Bemerkungen über den Grund und die Nothwendigkeit der juristischen Fiktion vorauszuschicken, welche der Erbschaft Persönlichkeit beilegt, und zwar in der Weise, daß sie die Person des Erblassers vorstelle. Es bestimmt mich dazu vornehmlich Ihering's Behauptung, daß diese Fiktion erst von Julian aufgestellt worden sei und auch in der That gar wohl bis auf diesen Juristen — wenn auch irriger, doch leicht begreiflicher Weise — dadurch als entbehrlich habe erscheinen können, daß man sich an eine andere gehalten habe, die nämlich, wie Ihering sie faßt [10]): „als habe der Erbe schon im Augenblick des Todes des „Erblassers angetreten“, oder wie die Römischen Juristen

---

10) Abhandlungen S. 167.

selbst sie — wesentlich anders — ausdrücken: Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. L. 54 D. de acqu. her. (29, 2), indem diese für das Erbrecht vollkommen ausgereicht habe. Es wird sich zeigen, daß beide Fiktionen auch für das Erbrecht gleich nothwendig sind, und die erstere durch die letztere in keiner Art entbehrlich gemacht werden kann.

Jedes Recht besteht wesentlich darin, daß ein bestimmter Gegenstand in das Verhältniß einer dem allgemeinen Rechtswillen entsprechenden Unterwerfung zu einer bestimmten Person versetzt worden ist. Hieraus folgt, daß jedes Recht ganz wie durch den Untergang des bestimmten Gegenstandes, welchen es hat, ebenso auch durch den Untergang der bestimmten Person, welcher es zusteht, mit unvermeidlicher Nothwendigkeit untergehen muß, es sei denn, daß die Ursache des Untergangs der bestimmten Person gleichzeitig den Uebergang des Rechts auf eine andere Person bewirke. Allein diese Ausnahme setzt eben die Möglichkeit des Uebergangs eines solchen Rechtes voraus; wo diese nicht besteht, ist der Untergang des Rechts unbedingt nothwendige Folge der berechtigten Person. Bei übertragbaren Rechten, wie bei den Eigenthumsrechten wäre daher allerdings ihre Fortdauer über den Tod des Subjektes hinaus erklärlich vermöge der Fiktion, als erfolge der Eintritt des Erben in die Vermögensrechtsverhältnisse des Erblassers im Augenblicke des Todes, und es bedürfte einer Fiktion dazu gar nicht, wo ein necessarius heres vorhanden wäre. Es wäre hier die Auffassung der Sache möglich, daß der Tod gleichzeitig mit dem Untergang der Person des bisherigen Berechtigten den Uebergang jener Rechte auf den Erben bewirke, und eben dadurch ihr Untergang verhütet werde. Allein aktive und passive Obligationen sind schlechthin unübertragbar, d. h. unablösbar von der bestimmten Person des Berechtigten oder Verpflichteten;

bei ihnen würde es nichts helfen, daß in der Wirklichkeit oder vermöge einer Fiktion im Augenblick des Untergangs dieser Person eine andere fortlebende vorhanden wäre, an welche das Rechtsverhältniß wieder angeknüpft werden könnte: es sind dieses Rechtsverhältnisse, welche mit den Personen ihrer Träger nicht blos äußerlich verknüpft, sondern innerlich verwachsen sind.

Man wird hier freilich geneigt sein, einzuwenden, die Forderungsrechte seien nicht wie Servituten schlechthin unveräußerliche, sondern nur einer Singularsuccession unfähige, aber vererbliche Rechte; und eben so seien Verbindlichkeiten unübertragbar nur mit Ausnahme der Vererbung. Allein diese frage ich eben: warum und in welchem Sinn sind aktive und passive Obligationen vererblich? Man wird darauf doch nicht antworten wollen: weil und insofern sie vererblich sind.

Wir werden nicht umhin können, in das eigentliche Wesen des Eintritts in fremde Rechte überhaupt tiefer einzugehen.

Offenbar setzt dieser Vorgang der Succession in ein fremdes Recht voraus, daß sich das Recht selbst als ein dauernder vom Wechsel der Subjekte des Rechts seinem Inhalte nach unabhängiger Zustand des Rechtsobjekts auffassen lasse. Denn nur dann kann das Recht des auctor und successor als ein und dasselbe betrachtet werden, wie es nothwendig ist, damit eben von einem „Eintreten" des Letztern „in das Recht" des Erstern die Rede sein könne. Würde durch den Wechsel der Subjekte der Inhalt des Rechts selbst eine Veränderung erleiden, so ließe sich nur von Gleichheit, nimmermehr aber von Einerleiheit der Rechte des auctor und des successor sprechen. Hiernach ist es von selbst klar, daß alle wahren Familienrechte schlechthin unübertragbar sind; daß ein nur scheinbarer Widerspruch mit diesem Satze in der datio in adoptionen liegt, habe ich an einem andern Orte nachgewiesen: patria potestas und manus enthalten

die Befugniß des Inhabers, sich seines Rechts über die subjecta persona zu begeben und dieselbe in ein ähnliches Unterwürfigkeitsverhältniß zu einem Andern zu versetzen, nicht aber dasselbe jus auf eine andere Person zu übertragen; die dominica potestas und das mancipium dagegen, welche nur in einem entfernteren Sinne Familienrechte, dem Gehalte nach aber Vermögensrechte dinglicher Art sind, sie sind beide übertragbar, auch vererblich, worin allein schon ihr Charakter, Vermögensrechte zu sein, ausgesprochen liegt. Vermögensrechte dinglicher Art überhaupt müssen vermöge jenes Grundes der Uebertragbarkeit von Rechten regelmäßig übertragbar sein. Sie sind es auch in der That alle, außer dem überhaupt zwitterartigen und unselbstständigen Pfandrechte und den Servituten, und selbst die letzteren sind eben gerade nur so weit unübertragbar, als es unsere Regel fordert. Der Inhalt einer persönlichen Servitut würde eine wesentliche Veränderung erleiden, wenn sie auf eine andere Person übergienge: der des Usus schon weil der Umfang dieses Rechts durch das Bedürfniß der bestimmten Person bedingt ist, der des Usufructus wie des Usus, insofern zum Inhalt eines Rechts auch seine Dauer gehört, die bei ihnen durch das Leben und im vorjustinianischen Recht auch durch den status hominis des Inhabers bedingt ist; darum sind diese Servituten schlechthin unübertragbar. Auf den Inhalt der Realservituten dagegen kann ein Wechsel der berechtigten Person an sich von keinem Einfluß sein; wohl aber würde er ein ganz anderer werden, wenn ein anderes Grundstück zum herrschenden würde; Realservituten können also nicht von den Grundstücken, für welche sie bestellt sind, auf andere Grundstücke, wohl aber mit jenen auf andere Personen übertragen werden.

Der entschieden sachliche Charakter nun, welchen die Obligationen haben, könnte allerdings ihre Uebertragbarkeit erwarten lassen. Den Römischen Juristen, welche die Ob=

ligationen unter die res incorporales rechnen, konnte dies nicht entgehen. Nachdem daher Gajus bei der Lehre vom Erwerb und der Veräußerung der verschiedenen möglichen Vermögensbestandtheile oder Erwerbsgegenstände — in diesem Sinne gebraucht er den Ausdruck res — nach Vorausschickung der allgemeinen Bemerkung hinsichtlich der res incorporales, daß sie der Tradition unfähig seien, gelehrt hat, daß Servituten theils durch in jure cessio, theils durch mancipatio, Erbschaften nur durch in jure cessio und überhaupt nur in gewisser Weise veräußert werden können, fährt er fort (II. 38):

> Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum.

Gajus vergegenwärtigt durch diese Worte sich und seinen Lesern mit möglichster Bestimmtheit den Inhalt der Obligatio, um damit sofort klar zu machen, warum sie, obwohl eine res (incorporalis), doch unveräußerlich sei. Der Inhalt der Obligatio, sagt er, besteht darin, daß aliquid mihi ab aliquo debetur. Bestünde der Inhalt der Obligatio blos darin, daß aliquid debetur, daß etwas gegeben oder geleistet werden soll, sowie das Eigenthum nur darin besteht, daß eine Sache in vollkommener Unterwürfigkeit sich befindet, so würde die Obligatio veräußerlich sein. Allein der Inhalt einer Obligatio läßt sich keineswegs damit erschöpfen, daß man z. B. sagt: Ich habe **1000** Gulden zu fordern, d. h. ich kann verlangen, daß **1000** Gulden gegeben werden, sondern nur dadurch, daß man sagt: Ich habe das Recht zu verlangen, daß Titius **1000** Gulden mir gebe. Insofern läßt sich daher eine Obligatio freilich übertragen, daß der Gläubiger unter freiwilliger Mitwirkung seines Schuldners einem Dritten das Recht auf dieselbe Leistung gegen diesen

verschaffe; nur ist dieß dann eben eine ganz neue Obligatio; sie hat nicht darum denselben Inhalt, weil sie denselben mittelbaren Gegenstand hat; es ist ein Recht von ganz verschiedenem Inhalt, verlangen zu können, daß Titius mir, oder daß er dem Mevius 1000 Gulden gebe. Darum, daß ich von Titius fordern kann, mir 1000 Gulden zu geben, habe ich noch kein Recht, von ihm zu fordern, daß er dem Mevius 1000 Gulden gebe. Ich kann von ihm die 1000 Gulden durch Mevius für mich fordern lassen, aber ich kann sie nicht von ihm für Mevius fordern. Hierin liegt der wahre juristische Grund für die Unveräußerlichkeit der Obligatio. Ebenso aber ist die Verbindlichkeit bei einer Obligatio deshalb unübertragbar, weil es wieder zwei Rechte von ganz verschiedenem Inhalt sein würden: fordern können, daß Titius 1000 Gulden zahle, oder fordern können, daß Mevius 1000 Gulden zahle.

Hieraus ergibt sich nun mit der entschiedensten Nothwendigkeit, daß eine Obligatio, welche zum Inhalt hat, daß Titius dem Sempronius ein bestimmtes Pferd gebe, ganz eben so unvermeidlich völlig erlöschen müsse, wenn die Person des Titius oder des Sempronius vollkommen zu existiren aufhört, als wenn das Pferd zu Grunde geht.

Folglich ist unwidersprechlich schon zum Uebergang jeder einzelnen aktiven oder passiven Obligatio eines Verstorbenen selbst auf einen suus heres die Fiktion unentbehrlich, daß der Verstorbene als vermögensrechtliche Persönlichkeit fortdauere. Nicht allein und selbstständig, sondern nur mit dieser Persönlichkeit kann die Obligatio auf den Erben übergehen.

Gerade dieß aber ist einer der Grundgedanken des Erbrechts: es soll dadurch den Rechtsverhältnissen eine von der Kürze des menschlichen Einzelnlebens unabhängige Dauer und Festigkeit gegeben werden; der wenigstens relativen Unvergänglichkeit der Familie, der Staatsgesellschaft, des Menschengeschlechts, welche vermittelt wird durch die Aufeinander-

folge (successio) der Generationen, soll entsprechen eine gleiche Unvergänglichkeit der Vermögensrechtsverhältnisse, vermittelt dadurch, daß immer neue Subjekte derselben einander ablösen (sibi succedunt).

Bei einem Zustande der bürgerlichen Gesellschaft oder einzelner Stände derselben, vermöge dessen keine oder fast keine Beweglichkeit des Vermögens Statt findet, kann diesem Bedürfnisse durch Rechtssätze Genüge geschehen, welche den Tod eines Rechtssubjekts unmittelbar zur Ursache des Eintritts Ueberlebender in dessen einzelne Rechtsverhältnisse machen, da diese dann durchweg mehr oder weniger die Natur des Eigenthums und mithin der Fähigkeit desselben für einfache Singularsuccession haben werden. Sobald aber Bewegung in das Vermögen kommt und überhand nimmt, wird die Einheit des Vermögens von überwiegender Bedeutung. Aus dieser Bewegung gehen eben die Obligationen hervor, welche zunächst den Zweck haben, Lücken und Anhäufungen des Einzelnvermögens, welche durch den zeitweisen Uebergang von Gegenständen dauernder dinglicher Rechte aus einem Vermögen, in welches sie gehören, in ein anderes Vermögen, in welches sie nicht gehören, mittelst vorübergehender persönlicher Verhältnisse zwischen den beiderseitigen Vermögenssubjekten auszugleichen. Der Typus der Obligatio ist die Darlehensobligatio. Durch das Darlehen werden gewisse res corporales aus dem Eigenthum des Darleihers in das des Darlehensempfängers gebracht. Insofern wir uns das beiderseitige Vermögen nur bestehend denken aus einer Summe einzelner Eigenthumsrechte, wird dadurch das Vermögen des Darleihers vermindert, das des Darlehensempfängers vermehrt. Es ist aber keineswegs die beiderseitige Absicht beim Darlehen, daß ein Theil ärmer, der andere reicher werden soll. Die beiderseitigen Vermögen als Ganze, als Einheiten, als universitates sollen sich gleich bleiben. Dies wird erreicht

durch den Rechtssatz, daß nun A von B so viel, als er ihm gegeben hat, zu fordern habe, daß B dem A so viel schulde. Dieses vorübergehende, auf Wiederaufhebung von vornherein berechnete persönliche Verhältniß zwischen A und B füllt die in den Eigenthumsrechten des A entstandene Lücke wieder aus, schafft die in den Eigenthumsrechten des B entstandene eigentlich nicht sein sollende Anhäufung wieder weg. Eben jener Rechtssatz aber schließt nun zugleich die Auffassung des Vermögens als einer universitas in sich. Eine universitas aber ist es lediglich vermöge der gleichmäßigen Beziehung seiner einzelnen Bestandtheile auf die Person des Vermögenssubjekts oder mit andern Worten: indem die Summe der einzelnen Rechte, woraus dieses Vermögen besteht, nichts ist, als die durch die einzelnen Erwerbungen dieser Rechte allmählig bewirkte Machterweiterung dieser bestimmten Person.

Wir kommen also auch von diesem Standpunkt der Betrachtung aus wieder zu dem gleichen Resultat, auf das uns vorhin schon ein anderer Gesichtspunkt geführt hatte, nur daß wir jetzt eine reichere und tiefere Einsicht in dessen Bedeutung und Nothwendigkeit gewonnen haben: ein zu vollkommner Entwicklung gelangtes Erbrecht muß die Fiktion der Fortdauer des Erblassers als vermögensrechtlicher Persönlichkeit zur Grundlage haben; denn Bewegung des Vermögens bringt Obligationen hervor; Obligationen setzen Auffassung des Vermögens als universitas voraus; Auffassung des Vermögens als universitas ist Betrachtung desselben als Machterweiterung der Person des Vermögenssubjekts; das Erbrecht muß das Vermögen als universitas übertragen, um die Obligationen des Erblassers zu erhalten; dies kann aber nur geschehen, wenn es mit der Person des Erblassers und durch sie in das Rechtsgebiet des Erben gelangt.

Der volle Begriff des Erbrechts an sich also enthält den Satz, den wir oben unter N. I. vorangestellt haben: Die

Erbschaft trägt von dem Augenblicke an, wo der Erblasser stirbt, dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit in sich selbst.

Außer ihr besteht diese Persönlichkeit nicht mehr; gleichwohl kann die Erbschaft ihrer nicht entbehren, weil sie dem Zwecke des Erbrechts gemäß Vermögen im eigentlichen Sinn, universitas der Vermögensrechte des Verstorbenen bleiben soll. Es bleibt also nur übrig die Annahme, daß sie diese Persönlichkeit in sich selbst trage.

Genau so wird nun auch wirklich diese Fiktion von den Römischen Juristen ausgedrückt.

Es lägen hier zwei Verirrungen nahe: die eine bestünde darin, eine Fortexistenz des Erblassers außer der Erbschaft anzunehmen, die andere darin, der Erbschaft eine selbstständige, von der Persönlichkeit des Erblassers verschiedene Persönlichkeit zuzuschreiben. Das Erste würde über den Zweck des Erbrechts hinausgehen, der ja blos darin besteht, das Vermögen des Erblassers als eine wahre Einheit zusammenzuhalten, damit allen einzelnen es bildenden Rechtsverhältnissen, soweit sie zur Fortdauer über das Leben der einzelnen Person hinaus bestimmt sind, diese Fortdauer verschafft werde. Das Zweite würde jenen Zweck nicht erreichen; denn es würden dann doch alle die Rechtsverhältnisse untergehen müssen, welche an eine andere Person nicht unmittelbar angeknüpft werden können.

Beides vermeiden die Römischen Juristen, indem sie sagen:

Hereditas personae defuncti vicem sustinet [11]) oder personae defuncti vice fungitur [12]) oder defuncti locum obtinet [13]);

also weder

---

11) Pr. J. de stipul. serv. (3,18) u. §. 2. J. de her. inst. (2,14) L. 34 D. de A. R. D. (41,1.)

12) L. 116 §. 3. de leg. I. (30.)

13) L. 31 §. 1. de hered. inst. (28,5.)

Defunctus personae vice fungitur,[14])
noch Hereditas personae vice fungitur.

Wenigstens kann der letzteren Ausdrucksweise, wo sie auch hie und da der Kürze wegen vorgezogen wird[15]), neben jenen Redeweisen kein falscher Sinn mehr beigelegt werden, wenn man sich nicht mit einer ganz ungehörigen Buchstabenerklärung begnügen will. In einer Stelle werden sogar von Gajus geradezu beide Ausdrucksarten mit einander verbunden, sichtlich gerade deshalb, um die allgemeinere durch die bestimmtere zu erklären:

L. 31 §. 1 D. de hered. inst. (28,5)
creditum est, hereditatem dominam esse et defuncti locum obtinere.

Indem wir nun zunächst zusehen, wie sich vermöge dieser juristischen Natur der Erbschaft, daß sie ein die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers in sich selbst tragendes Vermögen ist, die Rechtsverhältnisse während des Zeitraums gestalten, in welchem eine Erbschaft, zu der kein necessarius heres berufen ist, ruht (jacet) d. h. noch nicht angetreten ist, wird sich hierdurch zugleich der Inhalt jenes juristischen Begriffs der Erbschaft klarer herausstellen.

Zuvörderst bemerken wir hier: es bleiben während der Zeit der ruhenden Erbschaft aufrecht bestehen alle Vermögensrechtsverhältnisse des Erblassers und zwar als seine Rechtsverhältnisse, welche zur Fortdauer nach seinem Tode ihrer innern Beschaffenheit nach bestimmt sind, aber auch nur sie: alle andern Rechtsverhältnisse des Erblassers hören mit seinem Tode sogleich vollständig auf. Dies Letztere gilt von seinen Rechten an der eigenen Person, mit Einschluß des juristischen

14) Vgl. hiezu namentlich die auch von Jhering a. a. O. S. 227 hervorgehobene L. 18 §. 2 D. de stip. serv. (45,3): — nihil agetur, quomodo si servus hereditarius defuncto stipulatus fuisset.

15) L. 15 pr. de usurp. (41,3) L. 22. de fidejuss. (46,1).

Besitzes, der ja auch als Recht nur ein Recht an der eigenen Person ist, wie von seinen Rechten an andern Personen, soweit diese vermöge ihres Gehaltes reine Familienrechte sind; es gilt ebenso von den Personalservituten, welche ihm zustanden, von Rechten auf Lebensversorgung, von Rechten auf Erwerb von Erbschaften, Vermächtnissen und Personalservituten, von obligatorischen Verhältnissen, welche auf Individualität beruhen, wie das Societäts- und Mandatsverhältniß, von Klagrechten, welche nur eine persönliche Befriedigung zum Zweck haben, wie die actio injuriarum, die querela inofficiosi testamenti u. s. f. Es wird nicht fingirt, der Erblasser sei nicht gestorben, was ja zugleich so viel hieße, als die Erbschaft sei nicht Erbschaft geworden, sondern das Vermögen geblieben, welches sie im letzten Lebensmomente des bisherigen Inhabers war. Vielmehr läßt unsere Fiktion diese Umwandlung des Vermögens eines Lebenden in seine Erbschaft ganz unberührt; sie setzt sie im Gegentheil sogar wesentlich voraus. Erbschaft ist jenes Vermögen mit Abzug derjenigen Rechtsverhältnisse, welche durch den Tod völlig aufhören sollen; aber dieser Rest wird vermöge des Erbrechts Erbschaft aus dem was er außerdem sein würde: einer blosen todten Masse körperlicher Dinge. Das Erbrecht gibt dieser Masse gleichsam die Beschaffenheit eines lebendigen Körpers, indem es sie mittelst unserer Fiktion durch Wiedererweckung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers beseelt; eben diese Wiedererweckung aber reicht auch nur genau soweit, als sie wirklich in den zur Fortdauer und Ueberlieferung auf den Erben bestimmten Rechtsverhältnissen sich bereits im Augenblick des Todes verkörpert hatte.

So ist es denn nun die in der Erbschaft verkörperte Persönlichkeit des Erblassers oder umgekehrt die durch die Fiktion des Fortlebens dieser Persönlichkeit in ihr beseelte, selbst zur Person gewordene Erbschaft, welche als Subjekt aller zur Erbschaft gehörenden Rechtsverhältnisse erscheint, namentlich

als Eigenthümerin der Erbschaftssachen, als Gläubigerin, wo der Erblasser Gläubiger, als Schuldnerin, wo er Schuldner, als Erbin, wo er Erbe war u. s. f.

Besonders bemerkenswerth dafür, welche feine Grenzlinie das Römische Recht zwischen den durch den Tod des Erblassers untergehenden und den durch die Fiktion der Fortdauer seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit in der Erbschaft aufrecht zu erhaltenden Rechtsverhältnissen zieht, ist die Unterscheidung, daß der juristische Besitz durch den Tod des Besitzers unterbrochen, gleichwohl aber die Usucapion durch die hereditas jacens fortgesetzt, und wenn die Usucapionszeit vor dem Erbschaftsantritt abläuft, vollendet wird. Streng genommen sollte vermöge der Unterbrechung des Besitzes auch die Usucapion nach dem Tode des Usucapienten nicht mehr vor sich gehen. Allein die conditio usucapiendi hat die Natur eines Vermögensrechts gleich dem Eigenthum, sie ist so zu sagen werdendes Eigenthum; eben deshalb trägt sie in der That die Bestimmung in sich, vererbt zu werden. Man entschloß sich daher, eine Fortsetzung derselben durch die ruhende Erbschaft ohne Besitz anzunehmen, so lange nur die Sache nicht in den Besitz eines Dritten komme:

> Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante hereditatem impleri constitutum est,

schreibt Neratius im lib. 5. Regularum (L. 40 D. de usurp. 41, 3), was Javolenus in L. 20 eod. durch die Bemerkung modificirt:

> Possessio testatoris heredi ita procedit, si medio tempore a nullo possessa est [16].

Man hatte aber dabei das klare Bewußtsein, von der strengen Consequenz des Rechts, welche Fortdauer der That-

---

16) Vgl. L. 31 §. 5. eod.: Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem procedit.

sache des Besitzes zur Vollendung der Usucapion fordern würde, abzugehen, wie nicht nur Neratius in der angeführten Stelle durch den Ausdruck „constitutum est“ andeutet, sondern Papinian in L. 44 §. 5. de usurp. geradezu ausspricht, wenn er hier sagt:

Nondum aditae hereditatis [17]) tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat; sed haec jure singulari recepta sunt.

Aber weiter! Diese erbrechtliche Belebung des Nachlasses, die daraus eine Erbschaft macht, einen lebendigen Körper — sie bewirkt nicht nur die Erhaltung der Rechtsverhältnisse, aus welchen die Erbschaft besteht, sondern auch die Möglichkeit eines Fortwachsens des erbschaftlichen Vermögens kraft der Wirkung von selbst eintretenden rechtlichen Erwerbs, welche das Recht gewissen Thatsachen beilegt, wenn sie sich auf Gegenstände beziehen, die sich im Vermögen einer Person befinden. Trägt z. B. ein erbschaftliches Grundstück Früchte und werden diese separirt während der ruhenden Erbschaft, so werden diese Früchte nicht etwa herrenlose Sachen oder Eigenthum desjenigen, der sie separirt, sondern sie fallen in das Eigenthum der Erbschaft. Hatte der Erblasser ein Kapital auf Zinsen ausgeliehen und es läuft ein Zinstermin ab, während die Erbschaft ruht, so gewinnt die Erbschaft ein Forderungsrecht auf die an diesem Termin verfallenden Zinsen. Und eben so, wie sich von selbst versteht, hat die Personificirung der ruhenden Erbschaft auch die Folge, daß dieselbe nicht blos durch den Untergang von Erbschaftssachen, sondern auch durch die Entstehung von Verpflichtungen vermindert werden kann, sofern diese nur möglich ist ohne einen Willens-

17) Diese Lesart Haloanders ist die unzweifelhaft richtige statt der Florentinischen: hereditati.

akt des zu verpflichtenden Subjekts, also z. B. durch eine negotiorum gestio für die Erbschaft.

Weiter in das Einzelne dieses Gegenstandes hier einzugehen, wäre eine ungerechtfertigte Abschweifung. Nur die Erinnerung mag hier am Platze sein, daß bei den Römern die Möglichkeit oder vielmehr Nothwendigkeit des Erwerbs durch Sklaven, an welchen es nicht leicht in einer Erbschaft fehlte, der Erwerbsfähigkeit der ruhenden Erbschaft einen sehr großen Umfang verschaffte, obwohl natürlich auch diese Art von Erwerbungen derselben die Schranke haben mußte, welche Hermogenian in L. 61 D. de A. R. D. (41, 1.) so ausdrückt:

> In his sane, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest.

Denn die blos fingirte Persönlichkeit, auf welche sich die Erwerbungen für die ruhende Erbschaft beziehen, hat natürlich keinerlei Fähigkeit zu wollen und zu handeln. Eben hierauf bezieht es sich auch, daß öfters die Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft überhaupt als eine beschränkte bezeichnet wird, wie dies in den Anfangsworten der eben angeführten Stelle:

> Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur

geschieht, wie auch in der Aeußerung der L. 15. pr. D. de usurp. (41, 3):

> — hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est.

Es soll damit keineswegs eine willkührliche Einschränkung dieser Fiktion behauptet oder etwa gar gesagt werden, nur ausnahmsweise werde die ruhende Erbschaft als Person behandelt, sondern es soll diese Ausdrucksweise nur eben das andeuten, was jener oben zuerst ausgehobene Satz der Hermogenianischen Stelle in ganz bestimmter und genauer Fassung ausspricht.

Namentlich nun folgt hieraus, daß die ruhende Erbschaft juristischen Besitz auch durch Sklaven regelmäßig nicht erwerben kann, weil in der Regel possessio selbst durch Sklaven ignoranti non acquiritur, während dagegen allerdings ausnahmsweise in Beziehung auf das Peculium, welches ein erbschaftlicher Sklave hat, durch diesen auch jacente hereditate juristischer Besitz neu erworben, wie fortgesetzt werden kann, da bekanntlich solcher Besitz vom Besitzwillen des Herrn unabhängig ist. Auf diesem Wege kann mithin auch eine Ersitzung beginnen, während die Erbschaft ruht.

Diese nothwendigen Folgesätze wendet Papinian selbst in dem ganz analogen Falle der Gefangenschaft des Herrn völlig ebenso an, wie wir sie eben ausgesprochen haben, indem er in L. 44 §. 7 D. de usurp. schreibt:

> Si quum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? Si quidem ex causa peculii possedit, usucapionem inchoari, nec impedimento domini captivitatem esse, cujus scientia non esset in civitate necessaria; si vero non ex causa peculii comparetur, usu non capi, nec jure postliminii quaesitum intelligi, quum prius esset, ut quod usucaptum diceretur, possessum foret.

Hiernach ist es mir denn auch keinem Zweifel unterworfen, daß in der gleich darauf folgenden L. 45 §. 1 eod., einem Fragmente aus desselben Papinian's lib. X. Responsorum, die freilich in allen bekannten Handschriften so lautet:

> Post mortem domini servus hereditarius peculiari nomine rem coepit tenere; usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditae; quemadmodum enim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?

wie schon Andere vermuthet haben [18]), vor peculii ein non

18) S. Schulting & Smallenburg Notae ad Digesta T. VI. p. 451. ad h. l. not. (2), wo freilich diese Emendation verworfen wird.

weggefallen ist, so daß hier Papinian den regelmäßigen Fall in derselben Weise, wie in der vorigen Stelle („non ex causa peculii causa") bezeichnet, und von diesem mit vollem Recht sagt, die Usucapion könne erst von dem Zeitpunkt des Erbschaftserwerbs an gerechnet werden, vorausgesetzt natürlich, daß der Erbe in diesem Zeitpunkt zugleich den Besitzerwerb des Erbschaftssklaven erfährt und genehm hält.

Seltsamer Weise hat sich in einer anderen Stelle, welche von dem wesentlich gleichen Fall der Usucapionsbegründung durch Besitzerwerb eines Sklaven spricht, dessen Herr in Kriegsgefangenschaft gerathen und dann darin gestorben ist, gerade umgekehrt ganz offenbar ein falsches non in den Text unserer Handschriften eingeschlichen. Es ist dies die vorhin schon angeführte L. 15 pr. de usurp., auf welche ich mir um so weniger versagen kann, hier noch mit einigen Worten einzugehen, da ich mit der scharfsinnigen Erklärung, welche Ihering von derselben gegeben hat [19], nicht ganz übereinzustimmen vermag. Paulus sagt dort:

> Si is, qui pro emtore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit, videndum est, an heredi ejus procedat usucapio; nam interrumpitur usucapio, et si ipsi reverso non prodest, quemadmodum heredi ejus proderit? Sed verum est, eum in sua vita desiisse possidere; ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse. Quodsi servus ejus, qui in hostium potestate est, emerit, in pendenti esse usucapionem, Julianus ait; nam si dominus reversus fuerit, intelligi usucaptum; si ibi decesserit, dubitari, an per legem Corneliam ad successores ejus pertineat. Marcellus, posse plenius fictio-

19) In seiner Dissertation de hereditate possidente p. 12 sqq.

nem legis accipi; quemadmodum enim postliminio reversus plus juris habere potest in his, quae servi egerunt, quam his, quae per se vel per servum possidebat, quum ad hostes pervenit? nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est; ideoque in successoribus locum [non] habere usucapionem.

Der Gedankengang dieser Stelle ist meines Erachtens folgender. Paulus geht davon aus: es steht fest, daß der Erbe in die Usucapion des Erblassers eintritt, obwohl der Usucapionsbesitz durch dessen Tod unterbrochen worden ist; demnach sollte man glauben, auch der Erbe eines in der Gefangenschaft Gestorbenen trete in die Usucapion ein, welche dieser vor seiner Gefangennehmung begonnen hatte. Dennoch ist dem nicht so. Durch die Gefangennehmung tritt eine Unterbrechung der Usucapion ein, nicht etwa blos, weil der Usucapient dadurch die Eigenthumsfähigkeit verliert, sondern weil damit ein thatsächlicher entschiedener Besitzverlust verbunden ist. Der Usucapient kann daher selbst die Usucapion nicht fortsetzen, wenn er jure postliminii zurückkehrt, weil die damit verbundene Fiktion, als hätten seine Rechtsverhältnisse keine Unterbrechung erlitten, die Thatsache seines Besitzverlustes nicht ungeschehen zu machen vermag. Muß aber er selbst in diesem Fall die Usucapion von Neuem beginnen, so kann um so weniger, wenn er nicht zurückkehrt, sein Erbe sie blos fortsetzen wollen: es handelt sich nicht um eine blos durch den Tod des Besitzers erfolgte Unterbrechung des Besitzes, sondern um einen von dem Erblasser bei Lebzeiten erlittenen Besitzverlust. Anders gestaltet sich die Frage, wenn ein Sklave, während sein Herr in Gefangenschaft ist, etwas für sein Peculium anschafft und tradirt erhält. In diesem Falle, sagt Paulus, seien Julianus und Marcellus gerade entgegengesetzter Ansicht. Julianus nehme es als ausgemacht an, daß wenn der Herr jure postliminii zurückkehre,

die durch den Besitzerwerb des Sklaven für ihn begründete Usucapion ihm zu gut komme, halte es aber für zweifelhaft, ob auch, wenn er in der Gefangenschaft sterbe, vermöge der lex Cornelia der erkaufte Gegenstand als ersessen seinen Erben gehöre. Umgekehrt sei Marcellus der Meinung, der Fiktion der lex Cornelia könne eine größere Ausdehnung beigelegt werden, als der Fiktion des jus postliminii; vermöge der letzteren anzunehmen, es sei die Usucapion zu Stande gekommen, gehe nicht an, weil sonst dem Besitzerwerb von Sklaven während der Gefangenschaft des Herrn eine größere Rechtswirksamkeit beigelegt würde, als dem in eigener Person oder durch Sklaven im Augenblick der Gefangennehmung innegehabten Besitze des Herrn; da aber einmal gelte, daß die Erbschaft in gewissen Beziehungen eine Person vorstelle, so finde bei den Erben die Usucapion statt.

Es handelt sich bei diesen verschiedenen Meinungen um eine Vergleichung der Tragweite zweier Fiktionen, derjenigen des jus postliminii und der fictio legis Corneliae. Jene hat zum Inhalt, der Gefangene habe seine Rechtsfähigkeit nie eingebüßt, diese, er sei im Augenblick der Gefangennehmung, ehe er seine Rechtsfähigkeit eingebüßt habe, gestorben. Nach jener ist es im gegebenen Falle so anzusehen, als sei der zurückgekehrte Gefangene immer Herr und Eigenthümer des Sklaven geblieben.

Fordert man daher zur Fortsetzung des Besitzes durch einen Sklaven nur Fortdauer der potestas über ihn, so muß man mit Julianus behaupten, daß der zurückgekehrte Gefangene die Usucapion durch seinen besitzenden Sklaven vollendet habe. Fordert man dagegen außerdem noch, daß der Sklave im Besitz des Herrn geblieben sei, so muß man mit Marcellus bestreiten, daß die Usucapion für den Gefangenen habe vor sich gehen können; denn die Thatsache, daß derselbe durch seine Gefangennehmung den Besitz seines

Sklaven verloren habe, kann durch die Fiktion des jus postliminii nicht ungeschehen gemacht werden.

Diese verschiedenen Gesichtspunkte des Julianus und Marcellus erhellen ziemlich deutlich aus L. 12 §. 2 de captivis (49,15):

> Facti autem causae infactae nulla constitutione fieri possunt; ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens, qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est, eum possidere desiisse; eorum vero, quae per subjectas juri suo personas possidebat usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Julianus scribit, suo tempore impleri possessionem remanentibus iisdem personis in possessione. Marcellus, nihil interesse, ipse possedisset an subjecta ei persona, sed Juliani sententiam sequendum est.

Indem nun aber Marcellus eben davon ausging, dem zurückgekehrten Herrn könne ein vor dem Verlust seiner Freiheit von ihm gleichviel ob in eigner Person oder durch von ihm abhängige Personen erworbener Besitz nicht zu gut kommen, bestreitet er ganz consequent auch die Möglichkeit einer Usucapion desselben durch den Peculiarerwerb zurückgelassener Sklaven nach dem Verlust seiner Freiheit.

Nach der fictio legis Corneliae dagegen ist der vorliegende Fall so zu beurtheilen: daß der Gefangene im Augenblick der Gefangennehmung entschieden die potestas über seinen Sklaven verloren habe, ist nun ausgemacht; doch wird der von ihm erlittene Verlust der Freiheit als Verlust des Lebens betrachtet. Es ist nun nur die Frage, ob man eben deshalb sein Vermögen auch schon vom Augenblick seines Freiheitsverlustes an als hereditas (jacens) ansieht, oder nicht. Insofern jenes als zweifelhaft betrachtet wird, muß man auch mit Julianus bezweifeln, ob ein nach jenem Moment erfolgter Peculiarerwerb des zurückgelassenen Sklaven

dem Herrn zu gut komme. Insofern man dagegen das Letztere als entschieden ansieht, muß man mit Marcellus auch diesen Peculiarerwerb gelten lassen und so von seinem Standpunkt aus sagen: die fictio legis hat eine größere Tragweite (plenius accipi potest), als die fictio juris postliminii.

Nach dieser Abschweifung, die uns aber doch zuletzt wieder ganz auf das Feld unserer gegenwärtigen Untersuchung zurückführte, habe ich über die Erwerbungen durch die ruhende Erbschaft für jetzt nur noch Folgendes zu bemerken.

Es liegt, wie wir oben gesehen haben, in der Natur der Sache, daß die Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers in der Erbschaft nur insoweit angenommen werde, als diese sich bereits zur Zeit seines Todes in seinem Vermögen so zu sagen verkörpert oder wie Ihering es ausdrückt „substantiirt" hat. Hieraus folgt, daß die Ursache einer jeden Erwerbung, durch welche die Erbschaft während ihres Ruhens vermehrt werden soll, in einem bestimmten Erbschaftsstück selbst liegen, und daß ferner jede solche Erwerbung eine rein vermögensrechtliche sein muß. Demnach kann die hereditas jacens weder direkt zur Erbin eingesetzt oder mit einem Vermächtniß honorirt werden, noch kann sie eine actio injuriarum, wäre es auch durch Mißhandlung eines Erbschaftssklaven, erwerben. Es muß daher sehr befremden, in einer Stelle Ulpian's L. 1. §. 6. D. de injuriis (47,10) Folgendes zu lesen:

> Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est, heredi quodammodo factam; semper enim heredis interest, defuncti existimationem purgare; quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati, et sic heredi per hereditatem acquiri. Denique Julianus scribit, si corpus testatoris ante aditam bereditatem detentum est, acquiri hereditati actiones, dubium non esse. Idemque putat, et si

ante aditam hereditatem servo hereditario injuria facta fuerit, nam per hereditatem actio heredi acquiretur.

Ihering hat gewiß vollkommen Recht, wenn er dies[20]) eine abnorme Behauptung nennt, zu der Ulpian (und Julian) nur dadurch gekommen sei, daß im vorausgesetzten Falle dem Erben die actio injuriarum sich nicht füglich verweigern lasse, was aber richtiger darauf gestützt worden wäre, daß der Erbe selbst kraft der Rückwirkung des Erbschaftsantritts als der eigentlich Beleidigte betrachtet werden muß, wenn eine den Erblasser, dessen Nachfolger er ist, beschimpfende Handlung zwischen dessen Tod und dem Erbschaftsantritt erfolgt ist. Es darf also jedenfalls aus dieser Ansicht Ulpian's und Julian's keine weitere Folgerung gezogen werden, als könnten überhaupt von der ruhenden Erbschaft Erwerbungen gemacht werden, die ein von dem erbschaftlichen Vermögen unabhängiges Subjekt voraussetzen würden.

Wie reimt es sich nun aber mit dieser Behandlung der ruhenden Erbschaft als eines sein Subjekt in sich selbst tragenden und deshalb auch eines Wachsthums durch neue Erwerbungen, einer Abnahme durch neue Verpflichtungen fähigen Vermögens, daß die Römischen Juristen zuweilen die Erbschaftssachen jacente hereditate als res nullius bezeichnen? Wäre dies, wie Ihering annimmt[21]), so gemeint, als solle dadurch nur eine einzelne Anwendung des allgemeinen Satzes ausgesprochen werden: mit dem Erblasser sind alle dessen Rechte und Verbindlichkeiten untergegangen, so bliebe freilich nichts übrig, als eine solche Lehre von der Herrenlosigkeit der Erbschaftssachen für das „müßige Spiel einer hinter der Praxis zurückbleibenden Theorie" anzusehen, zugleich aber auch eine unerklärliche Gedan-

---

20) A. a. O. S. 234.
21) A. a. O. S. 158.

kenlosigkeit der klassischen Juristen anzunehmen, welche in einem Athem die erbschaftlichen Sachen herrenlose nennen und von der Persönlichkeit der hereditas jacens sprechen, wie wenn z. B. Ulpian in L. 13. §. 2 D. ad legem Aquiliam (9,2) schreibt:

Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, quum dominus nullus sit hujus servi; et ait Celsus, legem domino damna salva esse voluisse; dominus ergo hereditas habebitur, quare adita hereditate heres poterit experiri.

Allein so schlimm steht es in der That nicht. Wie schon diese einzige Stelle lehren könnte, soll jene Ausdrucksweise, die erbschaftlichen Sachen seien res nullius, gar nichts anderes bedeuten, als eine Anerkennung der natürlichen Wirklichkeit im Gegensatze zur juristischen Fiktion. In der Wirklichkeit haben Erbschaftssachen hereditate jacente keinen Eigenthümer; sie haben einen solchen nur vermöge juristischer Fiktion. Und so wird daher ganz in demselben Sinne auch von den res publicae gesagt[22]:

nullius in bonis esse creduntur.

Denn einen wirklichen Eigenthümer haben ja überhaupt blos Sachen, welche einem Menschen gehören; auch das Staatsgut also ist nur vermöge einer Fiktion nicht herrenlos.

In einem zweifachen Irrthum befindet sich Ihering in Beziehung auf die Dauer der Fiktion, welche der Erbschaft Persönlichkeit beilegt. Er meint, sie müsse auch dann noch festgehalten werden, wenn der Nachlaß eines Verstorbenen gar nicht zur Erbschaft im eigentlichen Sinn des Wortes werde, weil Niemand die Erbschaft antrete, nicht einmal als bonorum possessor, ja nicht einmal der Fiskus sie als bona vacantia in Anspruch nehme, sofern nur eine Möglichkeit bestehe, daß Gläubiger des Verstorbenen aus ihr sich zu befrie-

22) L. 1 pr. D. de R. D. (1,8).

digen suchen[22]; dagegen sei sie sofort aufzugeben, wenn die Erbschaft angetreten werde. Beides ist falsch. Zu jener erstern Behauptung wird Ihering durch die Ansicht verleitet, als habe die Fiktion überhaupt ihre praktische Veranlassung nicht im Erbrecht, sondern in dem von Servius — denn so will er offenbar sagen, statt, wie er vermöge einer Verwechslung schreibt Rutilius — den erbschaftlichen Gläubigern eingeräumten Recht der bonorum venditio gehabt[23]. Allein er hat bei dieser scharfsinnigen Hypothese ganz übersehen, daß Servius die hiezu nothwendige Forterhaltung durch eine ganz andere Fiktion vermittelt hat, nämlich durch die, der bonorum emtor sei Erbe geworden, was die Vorstellung, der den Gläubigern anheimgegebene Nachlaß sei hereditas jacens, geradezu ausschließt[24]. Und daß die Fiktion in sich zusammenfalle, wenn die Erbschaft nicht angetreten wird, sagt ganz bestimmt folgende Stelle:

L. 73 §. 1 D. de V. O. (Paulus l. XXIV ad Edictum) Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura sit stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi conditionem habeat.

Während also in dieser Richtung Ihering unsrer Fiktion eine zu große Dauerhaftigkeit zuschreibt, halte ich es dagegen

22) A. a. O. S. 245 f.

23) A. a. O. S. 162 ff.

24) Gaj. IV §. 35.: Similiter et bonorum emtor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet: nam ex persona ejus, cujus bona emerit, sumta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a Praetore Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emtor agit, Serviana vocatur.

für gleich unrichtig, wenn er glaubt, der Begriff der „substantiirten Persönlichkeit", wie er jene fingirte Persönlichkeit der hereditas nennt, sei für das Erbrecht ein blos vermittelnder, dieselbe gehe unter, sobald ihr Zweck, die Transmission sämmtlicher vererblicher Rechtsverhältnisse auf den Nachfolger erreicht sei [25]). Daß jene Fiktion, oder wie ich lieber sagen möchte: jene juristische Vorstellung nothwendig sei zur Erklärung der erbrechtlichen Succession selbst, was auch Jhering zugibt, hoffe ich oben schon erschöpfend bewiesen zu haben; daß sie auch für die Zeit nach dem Erbschaftsantritte festgehalten werden müsse und von der Römischen Jurisprudenz wirklich festgehalten werde, soll jetzt bewiesen werden.

Vor Allem werden wir es uns klar machen müssen, wie denn eigentlich der Uebergang des Vermögens von dem Erblasser auf den Erben bei dem Antritte der Erbschaft juristisch zu denken sei? Ich halte die gewöhnliche Vorstellungs- und Ausdrucksweise, daß der Erbe durch den Antritt der Erbschaft diese erwerbe und vermöge dieser Erwerbung verpflichtet werde, die Schulden der Erbschaft zu zahlen, wenn auch nicht für eigentlich falsch, doch für mangelhaft, wenigstens insofern dabei der Erwerb als das (logisch) Vorausgehende und die Verpflichtung als das der Erwerbung Nachfolgende erscheint. Der Erbschaftserwerb ist streng genommen überhaupt nicht sowohl ein Erwerb, als vielmehr der Eintritt in das Verhältniß des Erblassers zu seinem nachgelassenen Vermögen als Subjektes, als Herrn desselben, und dieser Eintritt schließt vermöge der regelmäßigen Beschaffenheit eines Vermögens, wornach es ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein pflegt, mit ganz gleicher Nothwendigkeit theils Erwerbungen, theils Verpflichtungen in sich. Sodann ist aber überhaupt die nächste Wirkung des Erbschaftsantrittes nicht

25) A. a. O. S. 239 ff.

eine bloße Reihe von Erwerbungen und Verpflichtungen, sondern zunächst und ursprünglich bewirkt er eben nur jenen Eintritt in das Verhältniß, worin der Erblasser als Subjekt oder Herr seines Vermögens zu diesem im Ganzen gestanden hatte[26]), und erst eine Folge davon ist es dann, daß der Erbe in die einzelnen aktiven und passiven Rechtsverhältnisse eintritt, welche zusammen das erbschaftliche Vermögen bilden, wie Pomponius sagt in L. 37 D. de acq. hered. (29, 2):

> Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominia succedit.

Das omne jus mortui ist hier nichts Anderes, als was wir sein Verhältniß zu seinem Vermögen im Ganzen nennen.

Dieses Verhältniß ist nun aber eben ein von der Person, die darin steht, unzertrennliches, unablösbares, denn das Vermögen ist, wie Puchta so richtig bemerkt[27]), kein objektiver Begriff; es existirt nur durch eine Person, welche das Subjekt desselben ist. Und darum eben läßt sich der Eintritt des Erben in dieses Verhältniß des Erblassers juristisch nur durch Vermittelung des Gedankens begreifen, daß durch den Erbschaftsantritt die Person des Erblassers selbst als eine in der Erbschaft fortdauernde in das Rechtsgebiet des Erben eintritt. Nur darf man sich hinwiederum diesen Eintritt der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers in das Rechtsgebiet des Erben nicht so vorstellen, wie die durch eine Arrogation erfolgende Unterwerfung eines paterfamilias unter das jus des Arrogator. Im letzteren Falle behält die subjecta persona doch fortwährend ihr Dasein außer der Person des Arrogator, und eben deswegen bewirkt auch die Arrogation keineswegs einen eigentlichen Vermögensübergang von dem arrogatus auf den Arrogator. Im neuesten Recht

26) Vorlesungen Bd. 2. S. 284.

27) Huschke nennt dies die „Herrnschaft" des Verstorbenen Rhein. Mus. VI. S. 272. — Vgl. überhaupt daselbst S. 271—27.

behält dabei der arrogatus sein Vermögen vollkommen (es bleibt ihm, mit Pomponius zu reden, omne jus suum); nur daß sein Aktivvermögen die Natur von Adventicien annimmt. Aber auch im klassischen Recht geht dadurch im Grunde nur eine Scheidung des aktiven und des passiven Theils des Vermögens vor sich. Die Vermögens-Rechte des arrogatus, soweit sie nicht durch seine capitis deminutio untergehen, erwirbt der Arrogator durch die Arrogation per universitatem, so daß sie wirklich vollständig von der Person des arrogatus auf die des arrogator übergehen. Die Verbindlichkeiten des arrogatus bestehen, soweit sie durch capitis deminutio nicht untergehen, als Verbindlichkeiten des arrogatus selbst fort, und indem die durch capitis deminutio untergehenden mittelst prätorischer in integrum restitutio wiederhergestellt werden, werden sie gleichfalls nur wiederhergestellt als Verbindlichkeiten des filius familias; nur wird der Arrogator vom Prätor angehalten, denselben gegen diese wiederhergestellten Klagen zu vertheidigen bei Vermeidung des Nachtheils, daß außerdem die Gläubiger sich an die ganze Habe halten dürfen, welche der arrogatus ohne die Arrogation jetzt haben würde [28]).

28) Gaj. III. §. 83. 84.: — — quum paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierve in manum convenit, omnes eorum res incorporales et corporales, quaeque eis debitae sunt, patri adoptivo coëmtionatorive adquiruntur, exceptis iis, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum quae per jusjurandum contracta est et (quae continentur) legitimo judicio. Ex diverso quod debet is, qui se in adoptionem dedit, vel quae in manum convenit, ad ipsum quidem coëmtionatorem aut ad patrem adoptivum pertinet hereditarium aes alienum, proque eo, quia suo nomine ipse pater adoptivus aut coëmtionator heres fit, directo tenetur jure, non vero is, qui se adoptandum dedit, quaeve in manum convenit, quia desinit jure civili heres esse. de eo vero, quod prius suo nomine eae personae debuerint, licet

Bei der Erbfolge dagegen nimmt die Person des Erben jene — nur in Gedanken überhaupt noch daseiende — vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers ganz in sich auf; so wenig diese jacente hereditate ein Dasein außer der Erbschaft gehabt hat, ebenso wenig hat sie jetzt ein Dasein außer dem Erben, und eben weil sie ganz in den Erben übergeht, gehen in Folge davon auf diesen nicht nur alle einzelnen Rechte, sondern auch alle einzelnen Verbindlichkeiten des Erblassers über.

Dieses aber geschieht nach Römischer Rechtsansicht unläugbar so, daß alle einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten, welche Bestandtheile der Erbschaft sind, durch deren Antritt wirklich eigene selbstständige Rechte des Erben werden. Es spricht dafür nicht nur L. 36 §. 2 D. de hered. pet. (5, 3) — eine Stelle, auf die wir später noch genauer werden eingehen müssen —, wo Paulus zwischen der Tödtung eines erbschaftlichen Sklaven vor und nach dem Antritte der Erbschaft unterscheidet, und am Schlusse sagt:

> Quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus; nam si postea, ipsius actio (sc. legis Aquiliae) propria effecta est,

sondern auch, und zwar, wie mir scheint, besonders bestimmt und deutlich, was Gajus in seinen Institutionen IV. §. 34. bemerkt:

> Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis: velut quum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. quum

---

neque pater adoptivus teneatur, neque coëmtionator, neque ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, vel quae in manum convenit, maneat obligatus obligatave, quia scilicet per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur, rescissa capitis deminutione: et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.

enim praetorio jure et non legitimo succedit in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id quod defuncto debebatur, potest intendere dare sibi oportere: itaque ficto se herede intendit, veluti hoc modo: i. e. si A. A., i. e., ipse actor, lucio titio heres esset, tum si fundum, d. q. a., ex jure quiritium eius esse pareret[29]), vel si in personam agatur, praeposita similiter fictione illa ita subjicitur: tum si pareret N. N. Ao. Ao. sestertium x milia dare oportere. Denn hieraus geht unwidersprechlich hervor, daß der wirkliche Erbe intendiren konnte, rem suam esse ex j. Q., oder sibi dare oportere, daß er also ein selbstständiges Eigenthum, eine selbstständige Obligatio behaupten durfte. Dadurch wird aber widerlegt, was Puchta behauptet [30]): man müsse unterscheiden zwischen Rechten, welche sich von der Person nicht trennen lassen, Obligationen, und andern Rechten, wie dem Eigenthum; Subjekt jener sei der Erbe nur als Repräsentant des Erblassers, gewissermaßen durch den Erblasser, welcher das unmittelbare Subjekt bleibe; Subjekt dieser für seine Person, so daß sich das Erbrecht dazu nur als Erwerbsart verhalte. Das Richtige ist, wie sich aus jenen Klagformeln ergibt, daß der Erbe Subjekt der Rechte beider Klassen für seine Person ist, ebenso aber auch sein Eintritt in die einen wie die andern daraus erklärt werden muß, daß die Person des Erblassers selbst in sein Rechtsgebiet eingetreten ist, wie auch der Vater für seine Person Eigenthümer der von den Kindern in seiner Gewalt erworbenen Sachen, Gläubiger zu den durch ihre Stipulationen begründeten Forderungen wird, aber nur dadurch, daß die Personen, welche solches Eigen-

29) So ist hier gewiß zu lesen statt oporteret.

30) Vorlesungen Bd. 2. S. 289.

thum oder solche Forderungen erworben haben, selbst seinem Rechtsgebiete angehören.

Puchta fügt hinzu, es lasse sich übrigens denken, daß der Erbe auch als Eigenthümer nur gelten könne in seiner Eigenschaft als Repräsentant des Erblassers. Dies sei der Fall, wenn er für seine Person das Commercium einer gewissen Sache nicht habe; hier werde er Eigenthümer dieser Sache als Repräsentant des Erblassers.

Die Stelle, welche Puchta hierbei im Auge hat, ist L. 62. D. de A. R. D. (41,1):

(Paulus libro II. Manualium) Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cujus aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur.

Auch diese Stelle aber sagt nichts anderes, als daß der Erbe Eigenthümer solcher Sachen allerdings nur werde, indem er das Vermögen des Erblassers als universitas überkomme, während er sie als selbstständige Erwerbsgegenstände nicht überkommen könnte; sie sagt aber nicht, daß wenn er auf diesem Wege Eigenthümer derselben geworden sei, sein Eigenthum dann einen andern Charakter habe, als ein auf irgend andere Weise erworbenes.

Was namentlich den von Puchta dabei hervorgehobenen Fall des fehlenden subjektiven Commercium anlangt, so wird das, was Paulus hier über denselben sagt, sein gehöriges Licht empfangen, wenn wir damit folgende Stelle vergleichen:

L. 9 D. de re militari (49,16.)

(Marcianus l. III. Inst.) Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant, praeterquam si paterna eorum fiscus distrahat. — — §. 1. Milites, si heredes exstiterint, possidere ibi praedia non prohibentur.

Für Soldaten waren also Grundstücke in der Provinz

in welcher sie dienten, solche res, quarum commercium non habebant; dennoch war es ihnen nicht verboten, dergleichen Grundstücke zu besitzen, wenn sie ihnen als Bestandtheile einer Erbschaft zugefallen waren. Mit andern Worten: erwerben konnten sie dieselben nur als Stücke einer Erbschaft, aber haben und ausüben konnten sie dann das Eigenthum, wie jeder andere Eigenthümer solcher Grundstücke.

Ihering fragt in Beziehung auf L. 62. de A. R. D. [31]), ob man glaube, daß wenn irgendwo die Juden für unfähig erklärt seien zum Grundbesitz und dann ein Jude von einem Christen zum Erben eingesetzt wäre, während sich in der Erbschaft ein Grundstück befände, der Jude dennoch letzteres in Eigenthum bekommen würde? Diese Frage würde ich zwar bejahen; ich vermag nicht einzusehen, wie man ihre Verneinung nach L. 62. cit. rechtfertigen könnte. Allerdings aber glaube ich, daß dieser Erbe das Eigenthum des Grundstücks nicht behalten, sondern nur zum Behuf der Veräußerung desselben an einen Christen ausüben könnte.

Doch kehren wir zur Sache selbst zurück! Soviel steht also fest: der Erbe ist nach dem Antritt selbstständig, nicht blos durch den Erblasser Subjekt der einzelnen erbschaftlichen Rechte; auch die Schulden des Erblassers sind von da an seine eigenen Schulden; die Erbschaftsgläubiger können gegen ihn so klagen, daß sie intendiren, ipsum dare oportere, nicht, er sei zu verurtheilen, si paret defunctum dare oportuisse, was namentlich auch daraus erhellt, daß ein heres pro parte auch wider den Willen des Gläubigers durch Abtragung blos des seinem Erbtheil entsprechenden Theils einer theilbaren Schuld des Erblassers sich vollständig befreien kann, während der Gläubiger vom Erblasser, also auch von jedem blosen Repräsentanten desselben eine Ratenzahlung nicht anzunehmen brauchte. Allein müssen wir darum annehmen,

31) A. a. O. S. 241.

das erbschaftliche Vermögen löse sich durch den Erbschaftsantritt in blose einzelne Rechte und Verbindlichkeiten des Erben auf, es höre dadurch auf Vermögen zu sein? Oder mit andern Worten: Ist die Beerbung blos eine Erwerbsart, wodurch die einzelnen Bestandtheile der Erbschaft per universitatem auf den Erben übergehen; ist die successio heredis in omne jus mortui ein bloser vorübergehender Akt, oder ist sie ein dauernder Zustand?

Wäre Ersteres der Fall, wie Ihering behauptet, so wäre es unrichtig, nach dem Erbschaftsantritt noch von einer Erbschaft zu reden; man könnte dann nur noch von einer Anzahl erbschaftlicher Rechte und Verbindlichkeiten sprechen. Und was praktisch höchst wichtig ist, der Erbe könnte zwar einzelne hereditariae actiones haben, nimmermehr aber eine hereditatis petitio. Das Römische Recht aber gibt eben dem Erben neben und außer den Klagen aus den einzelnen erbschaftlichen Rechten auch die hereditatis petitio; der Erbe kann nicht nur intendiren, die einzelnen erbschaftlichen Sachen seien res suas ex j. Q., und was der Erblasser zu fordern hatte, sibi dari oportere, sondern er kann auch fortwährend, es kann auch sein Erbe wieder intendiren, hereditatem suam esse ex j. Q.

Hierin liegt der unanfechtbare Beweis, daß die Römische Rechtsansicht eine Fortdauer des erbschaftlichen Vermögens auch nach dem Erbschaftsantritt und zwar als eines Vermögens, als einer universitas annimmt. Ist dies aber der Fall, so kann auch nun dieses Vermögen nicht ohne Subjekt gedacht werden und zwar so, daß dieses Subjekt ein zwar nicht außer dem Erben existirendes, aber von ihm zu unterscheidendes ist. Die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers kann also durch ihren Uebergang in die des Erben d. h. in sein Rechtsgebiet nicht untergegangen sein. Sie ist Rechtsobjekt geworden; aber sie hört dadurch, daß sie dieses geworden ist, keineswegs auf, Person zu sein; wie ja auch eine

wirkliche Person auf gar mancherlei Arten Rechtsobjekt werden kann, ohne daß sie darum ihre Eigenschaft, Person zu sein, einbüßt [32]). Es genügt, hiefür an die Arrogation, an die conventio in manum u. s. f. zu erinnern.

Ihering hält diese Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers nach dem Erbschaftsantritt für unmöglich, weil Niemand zwei Vermögen oder Persönlichkeiten haben kann [33]). Allein dieser Einwand würde die Rechtsansicht, welche wir den Römern zuschreiben müssen, nur dann treffen, wenn nach derselben der Erbe die vermögensrechtliche Persönlichkeit neben seiner eigenen in sich tragen, das erbschaftliche Vermögen neben seinem eigenen haben sollte. Dies ist aber nicht der Fall. Die Römische Rechtsanschauung ist vielmehr die: der Erbe nimmt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers in sich auf als eine der seinigen unterworfene, von der seinigen beherrschte; er hat nur eine Persönlichkeit, aber zu dem Herrschaftsgebiet derselben gehört jetzt auch die in Gedanken fortdauernde Persönlichkeit des Erblassers; der Erbe erwirbt das Vermögen des Erblassers, so daß es eine universitas bleibt, aber dieses Vermögen ist Bestandtheil seines eigenen Vermögens geworden, es ist mit seinem Subjekt nun von dem durch die eigene Persönlichkeit des Erben beherrschten Rechtsgebiete umschlossen; der Erbe hat nach wie vor nur ein Vermögen, aber es ist jetzt in diesem Vermögen ein anderes Vermögen als Bestandtheil enthalten.

Nichts anderes sagt auch die von Ihering für sich angeführte L. 22. de usurp. 41, 3. (Javolenus l. VII. epist.): Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur.

---

32) Die Ausführungen Iherings a. a. O. S. 236 ff., welche dies zu bestreiten scheinen, beruhen auf einer seltsamen Verwechslung der Begriffe: Sache und Rechtsobjekt.

33) A. a. O. 243.

Man könnte von diesem Satz z. B. folgende Anwendung machen, auf welche die diesem Fragment unmittelbar vorhergehende Pandektenstelle (L. 21. cod.) leitet: Gesetzt Cajus hätte den Sempronius beerbt und die Erbschaft angetreten, aber noch nicht Besitz von derselben ergriffen. Titius besäße ein Grundstück dieser Erbschaft pro herede und wäre nahe an Vollendung der Usucapion. Nun gäbe er dieses Grundstück dem Cajus in Pacht. Hier könnte man bei einer ungeschickten Auffassung unserer Theorie sagen: Dieser Pachtvertrag ist gültig, und wenn in Folge desselben das Grundstück in den Besitz des Cajus gelangt, wird dadurch die Usucapion des Titius nicht unterbrochen; denn das Grundstück gehört der hereditas, also einer andern Person, als dem heres Cajus, der es pachtet. Allein dies wäre ganz falsch. Die hereditas ist jetzt ein nicht mehr außer dem heres, sondern in ihm existirendes, seiner rechtlichen Herrschaft unterworfenes Subjekt: was der hereditas gehört hat, gehört jetzt nicht mehr ihr, so wenig als einem arrogatus (im ältern Recht) weiter gehört, was er vor der Arrogation im Eigenthum gehabt hat, sondern dem heres; ausdrücken kann man sich allerdings noch so, daß man sagt, es sei das Grundstück eine res hereditatis, und es dadurch von ursprünglich dem Erben gehörenden Sachen unterscheidet: „heres et hereditas duas appellationes recipiunt"; aber hereditas und heres haben nicht mehr gesonderte Rechtsgebiete, wie zwei neben einander bestehende Personen, sondern das vormalige Rechtsgebiet der hereditas ist nunmehr auch nur Stück des Rechtsgebietes der jetzt allein diese ursprünglich gesonderten Rechtsgebiete beherrschenden Persönlichkeit des Erben: „heres et hereditas unius personae vice funguntur." *)

Ich habe mich oben darauf beschränkt, die hereditatis

*) Die hereditas ist gewissermaßen „mediatisirt" könnte man sagen.

petitio als Beweisgrund dafür zu gebrauchen, daß die Erbschaft ihre juristische Natur durch den Antritt des Erben nicht verliert; und in der That scheint mir dieser einzige Beweisgrund für sich allein vollkommen ausreichend.[34]) Es fehlt aber keineswegs an weiteren Erscheinungen im Römischen Recht, welche bei genauerer Betrachtung gleichfalls zu dem Schlusse nöthigen, daß die Erbfolge noch etwas anderes ist, als bloser Entstehungsgrund für einzelne Rechte und Verbindlichkeiten.

Es ist uns ein geläufiger Satz, der Erbe müsse die facta defuncti prästiren, was Mühlenbruch sehr gut so ausdrückt [35]): der Erbe müsse die seine Vermögensobjekte betreffenden Verfügungen des Erblassers so gelten lassen, als ob sie von ihm selber ausgegangen wären. Ich will nicht in Abrede stellen, daß sich die einzelnen Anwendungen dieses Satzes so ziemlich durchweg auf den Eintritt des Erben in bestimmte einzelne Obligationen des Erblassers, namentlich in Eviktionspflichten desselben werden zurückführen lassen. Allein der eigentliche Sinn dieses Rechtssatzes ist doch offenbar der: der Erbe stellt fortwährend die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers dar; er ist in dieselbe nicht nur vorübergehend, im Augenblicke des Erbschaftsantritts, sondern er ist bleibend in sie eingetreten.

Ganz unerklärlich aber wäre ohne die Annahme eines solchen dauernden Uebergangs der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers in die Person des Erben der Grundsatz des neuesten Römischen Rechts, daß der Erblasser aktive und passive Obligationen für seine Erben willkührlich begründen kann, ohne selbst Gläubiger oder Schuldner zu werden. Denn wenn die Erbfolge nichts ist, als ein Eintritt in die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers, und

34) Vgl. hiezu auch Arndts Beiträge S. 16 ff.

35) Lehrbuch des Pandekten-Rechts §. 706. No. 4.

sobald dieser erfolgt ist, die Persönlichkeit des Erblassers als völlig verschwunden betrachtet werden muß, so können Handlungen des Erblassers, welche für diesen selbst keine Obligatio hervorgebracht haben, in welche der Erbe hätte eintreten können, unmöglich irgend welche Wirksamkeit für den Erben besitzen.

Ich muß nun freilich erwarten, daß man dieses Argument gegen mich kehren werde. Denn dieser Rechtssatz, auf den ich mich berufe, verdankt seine Entstehung bekanntlich einem Gesetze Justinians (L. un. C. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant. 4, 11), während wir bei Gajus (III. §. 100) lesen:

> inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem.

Man wird also vielleicht sagen: aus dieser Stelle des Gajus ist eben zu ersehen, daß jene Bestimmung Justinians eine willkührliche, dem Geiste des Römischen Rechts fremde ist. Da aber denn doch auch die klassischen Römischen Juristen nicht infallibel sind, so wird man uns immerhin den Zweifel frei geben müssen, ob nicht bei ihnen in diesem Punkte eine vielleicht nicht ganz durchdringende Einsicht in die nothwendigen Consequenzen des wahren Princips der Erbfolge zufällig, so zu sagen, der Rücksicht auf die streng formelle Natur der Stipulationen und der Legate — indem sie auch bei diesen ein legare post mortem heredis nicht zuließen, unterlegen sei [36]).

Jedenfalls wird nun aber dem angeführten Ausspruche des Gajus seine Beweiskraft gegen unsere Auffassung der Wirkung des Erbschaftsantritts abgesprochen werden müssen, wenn wir einen andern Ausspruch desselben Juristen anführen können, der diese Auffassung bestimmt und geradezu bestätigt.

Einen solchen besitzen wir aber in einer schon oben ge-

36) Gaj. II. §. 232. — Vgl. hiezu unten N. III.

legentlich angeführten Stelle des Gajus (III. §. 84), welche mir in der That das bedeutungsvollste und schlagendste Argument für meine Ansicht zu enthalten scheint.

Gajus handelt hier von dem Einflusse der Arrogation und Coemtion auf die Verbindlichkeiten des arrogatus und der mulier, quae in manum convenit, und unterscheidet dabei zwischen Schulden, welche diese Personen vor ihrem Eintritt in die Gewalt als Erben Dritter überkommen, und welche sie in eigenem Namen contrahirt haben. Von den letztern bemerkt er, daß sie eigentlich völlig untergehen und nur durch in integrum restitutio wiederhergestellt werden, jedoch dann mit direkter Beziehung auf die capite deminuti oder deminutae selbst, und nur mit indirekter auf ihre jetzigen Gewalthaber. Von jenen dagegen sagt er Folgendes:

> ad ipsum quidem coëmtionatorem aut ad patrem adoptivum pertinet hereditarium aes alienum, proque eo, quia suo nomine ipse pater adoptivus aut coëmtionator heres fit, directo tenetur jure, non vero is, qui se adoptandum dedit, quaeque in manum convenit, quia desinit jure civili heres esse [37]).

Würde sich die Erbschaft durch den Antritt in einzelne Rechte und Verbindlichkeiten auflösen, welche dem Erben nun jure hereditario zuständen, so würden Verbindlichkeiten, in welche der arrogatus als Erbe eingetreten ist, eben so wenig auf den Arrogator übergehen können, als Verbindlichkeiten, die er durch eine Stipulation contrahirt hat. Allein dem ist

---

37) So hat Lachmann, wie ich glaube, vollkommen richtig die Stelle restaurirt. Entscheidend für unsern Zweck sind schon die deutlich lesbaren Worte der Handschrift. Auch wenn man mit Göschen liest: quia enim ipse coëmtionator et ipse pater adoptivus succedit et retro heres fit, directo tenetur jure; is autem qui se adoptandum dedit, quaeque in manum convenit, desinunt esse heredes, bleibt der Sinn wesentlich derselbe.

nicht so. Die Erbschaft, welche der arrogatus gemacht hat, ist Erbschaft geblieben, auch nachdem er sie angetreten hat; als ein Ganzes von Rechten und Verbindlichkeiten geht sie auf den Arrogator über; dieser tritt nun anstatt des arrogatus in das Verhältniß des dritten Erblassers zu seinem Vermögen als seinem Vermögen ein, und haftet deshalb nun für die dazu gehörenden Schulden als Erbe des Dritten. Die successio in omne jus mortui ist also — man kann es nicht bestimmter aussprechen, als unsre Stelle es thut — keineswegs ein blos vorübergehender Akt, sondern ein dauernder Zustand: is qui adoptandum se dedit, desinit jure civili heres esse. Wie könnte man dies sagen, wenn die Beerbung nur eine Entstehungsart für einzelne Rechte und Verbindlichkeiten wäre? Die Eigenschaft, Erbe zu sein, ist nach dieser Stelle eine durch Arrogation übertragbare (suo nomine ipse pater adoptivus heres fit); sie muß also eine bleibende sein, es muß ein Erbrecht geben, das nicht blos erworben wird, um eben dadurch unterzugehen, weil es dadurch, wie man meint, seinen Gegenstand verliert, sondern das eine ganz gleiche Dauerhaftigkeit hat, wie das Eigenthum.

Offenbar ist es aber auch ganz derselbe Gedanke, welcher der späteren Ausbildung des Rechtsinstituts der Universalfideicommisse vom SC. Trebellianum an zu Grunde lag. Denn nur dann kann eine dem Willen des Testators entsprechende Restitution der angetretenen Erbschaft den Universalfideicommissar von selbst zum Erben des Testators machen, wenn die Erbschaft durch den Antritt des Fiduciars sich nicht aufgelöst, wenn sie die juristische Natur der Erbschaft, eines wahren Vermögens behalten hat. Zwar bleibt der Fiduciar jure civili Erbe und der Fideicommissar wird jure civili nicht Erbe; aber nur so, wie auch der bonorum possessor jure civili nicht Erbe ist; Realität hat die dem Fiduciar bleibende Eigenschaft jure civili Erbe zu sein, so wenig, als das nudum jus Quiritium neben dem bonitarischen Eigenthum. Materiell wird der Fidei-

commissar eben so vollständig Erbe, als es der bonorum possessor ist. Die Restitution ist nur keine formelle, wohl aber eine materielle Uebertragung des Erbrechts. Dieses muß also auch hier wieder dem Fiduciar noch nach der Antretung geblieben sein. Es ist überdies zu bedenken, daß wenn der Fiduciar nach dem Erbschaftsantritt nur noch einzelne res hereditariae, keine hereditas mehr hätte, er ja eben auch nur einzelne res incorporales, nicht die hereditas restituiren könnte und es vor Allem unbegreiflich wäre, wie der Fideicommissar kraft dieser Restitution in die Verbindlichkeiten des Erblassers eintreten sollte.

Diese beiden Beispiele — der Arrogation eines Erben und der Restitution einer hereditas fideicommissaria — sind besonders geeignet, es uns klar zu machen, in welchem Sinne allein man sagen könne, die Person des Erblassers werde von der des Erben in sich aufgenommen. Man darf dies nicht so sich vorstellen, als gehe dadurch die Person des Erblassers auf in der Person des Erben, als verschwinde sie in ihr. Sie behält dabei ein zwar nicht mehr selbstständiges, aber noch fortwährend zu unterscheidendes Dasein. Bis der Erbe sich in Adoption gibt oder restituirt, stellt er allein mit der seinigen zugleich die in ihn übergegangene Persönlichkeit des Erblassers dar (repräsentirt sie: heres et hereditas unius personae vice funguntur); aber im Augenblick der Arrogation oder Restitution stellt sich die Persönlichkeit des Erblassers oder, wenn man lieber will, der Erbschaft wieder als eine von der Person des Erben verschiedene dar, ja sie trennt sich von ihr, um nun in den Arrogator oder Universalfideicommissar überzugehen und fortan von diesem repräsentirt zu werden.

Man könnte einwenden — wie sich dazu auch **Ihering** in der That wenigstens geneigt zeigt [38] —: wenn das Rö-

---

38) A. a. O. S. 244.

mische Recht auch nur in dieser Art die Personen des Erben und des Erblassers, das Vermögen des Erben und die Erbschaft fortwährend auseinanderhalte, so stehe damit die Aufhebung von jura in re des Erben an erbschaftlichen Sachen und umgekehrt, und von Obligationen zwischen Erben und Erblasser jure confusionis, welche doch nach bekannten Sätzen des Römischen Rechts mit dem Erbschaftsantritt erfolge, in entschiedenem Widerspruch. Allein diese Confusionen sind auch keineswegs als unmittelbare Folgen der successio in omne jus mortui selbst, wohl aber als nothwendige Folgen davon anzusehen, daß kraft dieser successio in omne jus mortui die einzelnen Rechtsverhältnisse desselben, wie wir gesehen haben, allerdings Rechtsverhältnisse des Erben selbst werden, so daß er nunmehr selbstständig Träger derselben wird [39]).

Wir haben uns also überzeugt: sowohl nach der Natur der Sache, als nach der vielfach sich zu erkennen gebenden Römischen Rechtsansicht setzt die Erbfolge den Gedanken voraus, daß die Erbschaft ein wahres Vermögen auch nach dem Tode des Erblassers, ja selbst nach dem Erbschaftsantritt sei und bleibe, und folglich auch, daß sie die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortwährend in sich trage.

Ebenso aber im Wesen der Erbfolge selbst begründet ist der andere Gedanke, oder wie man gewöhnlich sagt, die andere Fiktion, daß der Eintritt des Erben in das Verhältniß des Erblassers zu dessen Vermögen, die successio in omne

39) Vgl. Puchta im Rhein. Museum III. S. 304 f. — Wenn übrigens derselbe dort für die hier vorgetragene Ansicht sich auf den Satz beruft, daß Correalobligationen durch die Beerbung eines Correus nicht aufhören, so bemerkt dagegen Mühlenbruch in seiner Fortsetzung von Glücks Commentar XLIII. S. 102. mit Recht, daß man ja überhaupt aus einem mehrfachen Grunde berechtigt oder verpflichtet sein könne. Auch scheint Puchta später selbst sich von der Unhaltbarkeit dieses Arguments überzeugt zu haben.

jus mortui, auch wenn sie durch einen erst viel später erfolgenden Erbschaftsantritt bewirkt werde, doch seinen zeitlichen Anfangspunkt stets in eben demselben Augenblicke habe, in welchem der Erblasser sterbe (oder als gestorben betrachtet werde):

L. 54. D. de acqu. vel om. her. (29, 2) Heres quandoque adeundo jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

L. 138 pr. D. de R. J. (50, 17). Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

Ohne diese Zurückbeziehung der Wirkung des Erbschaftsantritts auf die Todeszeit des Erblassers könnte von einer wahren Erbfolge, von einer successio in omne jus mortui gar nicht die Rede sein. Der kleinste Zeitraum, welcher zwischen der Aufhebung des Rechts einer Person und der Erwerbung desselben von Seiten einer andern in der Mitte liegt, macht die Auffassung dieser Erwerbung als einer Succession in das Recht des früheren Inhabers, als einer Fortsetzung seines Verhältnisses zum Rechtsobjekt geradezu unmöglich. Wer daher jene Zurückbeziehung der Wirkung des Erbschaftsantritts aufgeben wollte, der müßte sich den Uebergang des erbschaftlichen Vermögens auf den Erben so denken, daß das Verhältniß des Erblassers zu seinem Vermögen bis zum Antritte des Erben von der fingirten Persönlichkeit der hereditas jacens fortgesetzt würde, und dann der Erbe nicht successor des Verstorbenen, sondern der hereditas würde. Es wäre dann ein unjuristischer Ausdruck zu sagen: der Erbe beerbt den Verstorbenen; man müßte sagen: er beerbt die Erbschaft; succedit in omne jus hereditatis, statt in omne jus mortui.

Die Nothwendigkeit jener Zurückbeziehung ist auch von folgendem Gesichtspunkte aus einleuchtend.

Eine natürliche Betrachtungsweise muß darauf führen,

die Erbfolge solcher Angehörigen, welche necessarii heredes sind, als die regelmäßige zu denken, wenn sie auch nicht gerade die am häufigsten vorkommende ist. Dann erscheint es aber auch als die regelmäßige Art der Erbfolge, daß die Erben wirklich durch den Tod des Erblassers und im Augenblicke desselben seine Erben werden. Hinterläßt Jemand gesetzliche oder Testaments-Erben, welche nicht in diesem Verhältniß der Angehörigkeit zu ihm stehen, wie seine necessarii heredes, so sprechen freilich überwiegende Gründe dafür, es in deren eigenes Ermessen und Belieben zu stellen, ob sie seine Erben werden wollen oder nicht. In diesen Fällen entsteht dann die Möglichkeit, ja Nothwendigkeit eines Zwischenraums zwischen dem Tode des Erblassers und dem Akte der Erbfolge. Allein es ist eine juristische Nothwendigkeit, diese Fälle mit dem regelmäßigen dadurch wieder in Einklang zu bringen, daß man diesem späteren Akte der Erbfolge rückwirkende Kraft beilegt, daß man praktisch die Wirkung dieses Aktes, des Erbschaftsantritts so behandelt, als hätte sie ihren Anfang bereits in dem Augenblicke genommen, wo der Erblasser aus dem Leben geschieden ist.

Zwei gleich nothwendige, das heißt also mit andern Worten, gleich wahre Gedanken — und als solche erkannten wir die beiden s. g. Fiktionen:

1) daß die Erbschaft die Person des Erblassers darstelle oder in sich trage, und
2) daß der auch noch so spät antretende Erbe in das Recht des Erblassers von dessen Tod an eintrete —

können einander nicht widersprechen und ebenso wenig können ihre nothwendigen Konsequenzen mit einander unvereinbar sein. Es darf uns daher durchaus nicht Wunder nehmen — vielmehr müßte es das Gegentheil — daß die Römischen Juristen jene beiden s. g. Fiktionen neben einander stellen und als zugleich geltend behandeln.

Dennoch macht ihnen, und noch mehr den neueren Ju-

risten, welche das Gleiche thun, Ihering hieraus einen schweren Vorwurf; denn er sieht jene Fiktionen als einander ausschließend, als unvereinbar unter sich an, weil nach der einen der Zeitraum der ruhenden Erbschaft von der Person des Erblassers, nach der andern von der Person des Erben beherrscht werde. Allein hierin würde nur dann ein wahrer Widerspruch liegen, wenn diese beiden Personen in jenem Zeitraum nothwendig als selbstständig neben einander bestehende gedacht werden müßten. Da aber vielmehr der eigentliche Sinn der zweiten Fiktion der ist, daß während des ganzen Zeitraums der ruhenden Erbschaft die erst am Ende desselben wirklich Erbe gewordene Person so betrachtet werden muß, als hätte sie die nach der ersten Fiktion als in der Erbschaft fortdauernd zu denkende Person des Erblassers bereits in sich aufgenommen gehabt, so löst sich hierdurch jener scheinbare Widerspruch in völlig befriedigender Weise von selbst auf. Die fortdauernd gedachte Person des Erblassers hat jenen Zeitraum nach der durch den Antritt des Erben erfolgten Entscheidung für den Erben, und dieser hat denselben Zeitraum durch die Erbschaft und die darin fortdauernde Person des Erben beherrscht. Beides ist der gleich wahre Ausdruck für einen und denselben Gedanken, der sich für Erwerbungen während des Zeitraums der ruhenden Erbschaft in folgenden Worten einer schon früher angeführten Stelle Ulpians (L. 1. §. 6. D. de injuriis 47, 10) ausgesprochen findet:

> dicendum est — quotiens ante aditam hereditatem (testatoris cadaveri fit injuria, actionem) magis hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri,

wobei es natürlich ohne Bedeutung ist, daß wir die zufällige Anwendung, welche hier von diesem Satze auf den Erwerb von Injurienklagen gemacht wird, oben mißbilligen mußten.[40])

40) Vgl. auch pr. J. de stipul. serv. (3,17): quod servus here-

Indessen ist hierbei allerdings Folgendes zu bedenken, was wie mir scheint, Puchta sich nicht genug vergegenwärtigt hat, wenn er [41]) gegen Ihering einwendet, die wahre Bedeutung des Grundsatzes der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts sei, den Eintritt der Wirkung zu bestimmen, welchen der Erwerb des Erbrechts hat, nicht die Wirkung anderer Erwerbungen.

Wenn vor dem Antritt die Erbschaft Erwerbungen macht oder verpflichtet wird, so müssen bis zum Antritt diese Vorgänge auf die Person des Erblassers als eine selbstständige bezogen werden. Sie oder nach einer andern Ausdrucksweise die Erbschaft wird selbst dadurch berechtigt oder verpflichtet. Von dem Erbschaftsantritt an dagegen müssen diese Thatsachen, wenn man es mit der Fiktion der unmittelbaren Succession des Erben streng nimmt, so gedacht und behandelt werden, als sei durch die Erbschaft der Erbe sofort damals berechtigt oder verpflichtet worden. In der Regel wird es nun allerdings praktisch gleichgültig sein, ob man annimmt, die Erbschaft, welche nun doch auch als schon damals dem Erben gehörend zu denken ist, habe für sich oder sie habe für den Erben jene Rechte erworben, sie habe sich oder den Erben damals verpflichtet. Allein es können doch auch Fälle vorkommen, wo man sagen muß: wenn gewisse Rechtsgeschäfte oder sonstige juristische Thatsachen die Erbschaft selbst oder eigentlich die als fortdauernd gedachte Persönlichkeit des Erblassers berechtigen oder verpflichten sollten, waren sie wirksam; sollte dagegen vermöge derselben die Erbschaft für den Erben erwerben oder ihn zum Schuldner machen, so waren sie unwirksam und ungültig; oder

---

ditarius stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

41) Vorlesungen Bd. 2. S. 297.

auch umgekehrt: unter der ersten Voraussetzung waren sie ungültig, unter der zweiten gültig.

Und hier entsteht nun allerdings die Frage: bewirkt der Grundsatz der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts, daß von dem Zeitpunkt desselben an jene in den Zeitraum der ruhenden Erbschaft fallenden juristischen Thatsachen anders in Beziehung auf Gültigkeit beurtheilt werden müssen, als sie bisher zu beurtheilen waren, oder bleibt es bei dieser Beurtheilung troz jenem Grundsatze?

Welche Antwort auf diese Frage von einem rein theoretischen Standpunkte aus gegeben werden müßte, kann nicht zweifelhaft sein. Die Beurtheilung jener Thatsachen, welche auf der Vorstellung von der Fortexistenz der Persönlichkeit des Erblassers als einer selbstständigen beruhte, war richtig bis zum Antritt der Erbschaft; von diesem an ist es als entschieden zu betrachten, daß die Persönlichkeit des Erblassers seit dessen Tod in das Rechtsgebiet des Erben eingetreten war; es muß also jene Beurtheilung von nun an aufgegeben und mit der entgegengesetzten vertauscht werden.

Allein von einem mehr praktischen Standpunkte aus, wie ihn die Römischen Juristen bei solchen Fragen einzunehmen pflegen, kann gar wohl unterschieden, und in einigen Fällen ein Wechsel, in andern die Unveränderlichkeit jener Beurtheilung juristischer in die Zeit der ruhenden Erbschaft fallender Thatsachen angenommen werden, ohne daß darum eine solche ungleichmäßige Behandlung verschiedener Arten von Fällen als wirkliche Inkonsequenz, Willkühr oder Gedankenlosigkeit anzusehen ist. Es kann aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder Billigkeit in gewissen Fällen von Anwendung einer Fiktion Umgang genommen werden, indem man sich bei ihnen aus jenen Gründen an die Wirklichkeit (id quod verum est) hält, wie ja die Römische Jurisprudenz auch in der That überhaupt die Zurückbeziehung juristischer Thatsachen z. B. eintretender Bedingungen von

Rechtsgeschäften nicht mit starrer Folgerichtigkeit durchzuführen pflegt[42]).

Was unsere Fiktion insbesondere anlangt, so glaube ich vor Allem hier auf einen allgemeinen Satz hinweisen zu müssen, der sich in L. 193 D. de R. J. (50, 17) findet und aus des Celsus l. XXXVIII. Digestorum entnommen ist:

Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.

Es verdient sorgfältige Beachtung, welcher Unterschied im Ausdruck Statt findet zwischen dieser Stelle und der verwandten

L. 138 D. eod. (Paulus l. XXVII ad Ed.): Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

In dieser Stelle wird der Grundsatz selbst, von dem wir hier reden, in unbeschränkter Allgemeinheit ausgesprochen. Jene regula juris dagegen soll offenbar sagen, die Zurückbeziehung der Wirkung des Erbschaftsantritts auf die Todeszeit sei regelmäßig (fere) auch auf alle einzelnen Rechtsverhältnisse zu erstrecken, in welche der Erbe durch den Erwerb der Erbschaft eintrete, aber ausnahmsweise falle bei gewissen solchen Rechtsverhältnissen diese Zurückbeziehung weg. Damit ist deutlich zu erkennen gegeben, daß die in einzelnen Anwendungen hervortretende Ungleichheit in der Behandlung der überhaupt hier in Betracht kommenden Fälle keineswegs auf Gedankenlosigkeit beruht, sondern eine selbstbewußte ist.

Indem ich es nun aber unternehme, zu untersuchen, worin die in L. 193. cit. angedeuteten Modifikationen der Regel, welche sie aufstellt, bestehen und welche Gründe sie haben, wird es gut sein, vor Allem einen Blick auf die Geschichte der beiden Fiktionen selbst zu werfen, für deren Anwendungsgebiete wir

42) Vgl. Savigny System III. S. 151 ff. Vangerow Lehrbuch der Pandekten §. 95 (6. Aufl. S. 163 ff.).

die wahren gegenseitigen Grenzen aufzufinden uns bestreben.

Es entspricht ganz dem natürlichen Gange der Entwicklung des juristischen Bewußtseins, daß wir bereits früher einzelne Anwendungen der Sätze finden, deren Ausdruck jene Fiktionen sind, als sie uns selbst in der Fassung allgemeiner Regeln begegnen. Letzteres ist für die Fiktion der unmittelbaren Succession des Erben meines Wissens zuerst der Fall in einem von Gajus uns mitgetheilten Responsum des Cassius:

L. 28 §. 4. D. de stipul. serv. (45,3):

Cassius respondit, posse, quia, qui postea heres exstiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse.

Gajus findet es hier noch nöthig, diesen Ausspruch durch einen ziemlich äußerlichen Grund zu unterstützen:

quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta[43]) facta intelligitur, licet post aliquod tempus heres exstiterit, —

obwohl sie schon bei Celsus in der oben angeführten Stelle[44]) wie eine feststehende regula juris auftritt, wie sie dann von Florentinus[45]) und Paulus[46]) ohne weiters als solche wiederholt wird.

Aber bei Labeo bereits finden wir eine Anwendung derselben, ohne daß sie bei ihm schon von einem klaren Bewußtsein ihrer selbst begleitet erscheint[47]):

L. 20 §. 1 D. de cond. inst. 28, 7. (Labeo l. II.

---

43) Ueber die Bedeutung von funesta familia vgl. Liv. II. 47. u. Cic. de legg. II. 22.

44) L. 193 D. de R. J. (50, 17.)

45) L. 54 D. de acqu. hered. (29, 2.)

46) L. 138 D. de R. J. (50, 17.)

47) Vgl. Ihering a. a. O. S. 168 u. 180.

Posteriorum a Javoleno epitom.) Si quis hereditarium servum jussus est manumittere, et heres esse, quamvis, si manumiserit, nihil agat, tamen heres erit, verum est enim, eum manumisisse; sed post aditionem libertas servo data secundum voluntatem testatoris convalescit.

Die Convalescenz der Freilassung des Erbschaftssklaven wird hier zunächst auf den Willen des Erblassers gestützt. Allein offenbar würde dieser die Convalescenz der Freilassung eines fremden Sklaven nicht bewirken können. Der eigentliche, aber nicht angeführte, also wohl auch Labeo nicht klar zum Bewußtsein gekommene Grund ist die rückwirkende Kraft der Antretung.

In einer andern Stelle Labeos dagegen:

L. 9 D. de naut. foen. 22, 2. (Labeo l. V. Pithanon a Paulo epit.) Si trajectitiae pecuniae poena, uti solet, promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris

kann ich — im Gegensatze zu Ihering[48]) — eine Anwendung dieser Fiktion nicht finden. Labeo sagt nicht: perinde committi poena potest, ac si heres debitoris (der bestimmte Erbe desselben) jam adiisset hereditatem; die Worte, die er statt dessen gebraucht, sagen nur, die Pönalstipulation sei durch den Tod des Schuldners nicht erloschen, sie werde auch in der Zeit der ruhenden Erbschaft eben so wirksam, wie wenn die Obligatio daraus schon da an irgend einem Erben ein neues Rechtssubjekt hätte. Hierin liegt also vielmehr eine bewußtlose, oder wenn man lieber will, stillschweigende

48) A. a. O. S. 168.

Anwendung der andern Fiktion, daß die ruhende Erbschaft ihr Subjekt in sich selbst trage[49]).

Daß ebenso die andere Fiktion bis auf Javolenus (diesen mit eingeschlossen) der Römischen Jurisprudenz noch nicht zu klarem Bewußtsein gekommen war, obwohl ebenfalls schon Folgerungen derselben sich geltend gemacht hatten, hat Jhering mit sehr scharfsinnigen und im Wesentlichen gewiß richtigen Gründen nachgewiesen[50]); daß sie aber Julian zum „Urheber" habe, läßt sich wenigstens aus der von Jhering dafür beigebrachten Stelle nicht beweisen. Es ist dies

L. 33 §. 2 D. de A. R. D. 41,1. (Ulpianus l. IV. Disput.) Quoties servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet, cujus et valuit sententia, testantis personam spectandam esse opinantis[51]).

Die sententia Juliani, auf welche sich Ulpian hier bezieht, ist nicht der reine, einfache, positive Ausdruck der Fiktion, von der wir jetzt sprechen, wie er z. B. enthalten ist in

L. 116 §. 1. D. de legatis I (von Florentin): hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur,

sondern sie ist ein die darin enthaltene Negation hervorhebender und daraus folgender Ausspruch, der eigentlich so aufgelöst werden muß: die Erbschaft stellt die Person des

---

49) Vgl. L. 77 D. de V. O. (45, 1) und Savigny System II §. 102. Note n. a. E.

50) A. a. O. S. 192—200.

51) Die unmittelbar sich anschließende L. 34: hereditas enim non heredis personam, sed defuncti personam sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatur scheint mir deshalb besonders bemerkenswerth, weil die im Druck hervorgehobenen Worte im Zusammenhalt mit der Inscription: Ulpianus l. IV. de Censibus beweisen, daß man von der durch Julian geltend gemachten Vorstellung auch im öffentlichen Recht Gebrauch machte.

Erblassers vor; also nicht die des künftigen Erben; folglich muß auch nach dem Antritte des Erben ein Erwerb, welchen die Erbschaft durch Stipulation oder Eigenthumserwerb eines Erbschaftssklaven gemacht hat, darnach beurtheilt werden, ob dieser als Sklave des Erblassers, nicht ob er als Sklave des Erben sich wirksam diesen Gegenstand konnte versprechen oder tradiren lassen.

Ohne sofort auf den Inhalt dieses Ausspruchs Julians einzugehen, halten wir einstweilen nur Folgendes fest: Es waren bereits Anwendungen der den beiden Fiktionen zu Grunde liegenden Gedanken gemacht und anerkannt worden, ehe die Fiktionen selbst einen bestimmten Ausdruck fanden. Es ist also schon deshalb nicht anzunehmen, daß, wie Ihering meint, die Fiktion der unmittelbaren Succession des Erben durch die Aufstellung der anderen Fiktion — als stelle die Erbschaft die Person des Erblassers dar — verdrängt, jedenfalls unanwendbar geworden sei.

Allerdings aber ist es sehr natürlich, daß wie wir aus der eben besprochenen Aeußerung Julians sehen, die bestimmte Fassung, welche die zweite Fiktion zu seiner Zeit gefunden hatte, von selbst auf eine sehr wichtige Modifikation der aus der ersten folgenden Regel der L. 193 de R. J. führte, welche darin bestand:

> Alle positiven Rechtswirkungen, welche juristische Thatsachen während des Ruhens der Erbschaft in Folge der Fiktion, daß in ihr die Persönlichkeit des Erblassers fortbestehe, bereits erzeugt haben, sollen durch Anwendung der andern Fiktion nicht wieder aufgehoben werden.

Das Rechtsbewußtsein oder wenn man lieber will, Rechtsgefühl, daß die Erbschaft auch zwischen dem Tode des Erblassers und dem Antritte des Erben nicht als eine Masse herrenloser Sachen, sondern als Vermögen behandelt werden

müsse, führte zunächst zu der Fiktion, die Erbschaft habe selbst Persönlichkeit. Ein weiterer Schritt der Entwicklung war die Einsicht, daß man, um Erwerbungen und Verpflichtungen für die Erbschaft in dieser Zwischenzeit eintreten lassen zu können, der Erbschaft die Repräsentation einer bestimmten Persönlichkeit zuschreiben müsse. Indem man sich nun aber in dieser Beziehung sehr richtig für eine Repräsentation der Persönlichkeit des Erblassers entschied, lag es nahe genug, daß man den Vortheil, welchen man durch diese Fiktion gewonnen hatte, Rechtsgeschäften aus jener Zeit die Erreichung ihres Zwecks zu sichern, nicht dadurch wieder aufgeben wollte, daß man der Fiktion unmittelbarer Succession des Erben einen sie ungültig machenden Einfluß einräumte. Es ließ sich ja auch diese Fiktion selbst so auffassen, daß vermöge derselben die Erbschaft eben so, wie sie durch die während des Ruhens in ihrem Bestande eingetretenen Veränderungen beim Antritte sich gestaltet hatte, als im Augenblick des Todes an den Erben übergegangen zu betrachten sei, so daß man gewissermaßen eben jene Veränderungen in Gedanken hinter den Zeitpunkt, in welchem der Erblasser gestorben sei, zurückverlegen müsse, eine Anschauung, welche sich in einer später noch näher zu betrachtenden Stelle (L. 21. de neg. gest. 3, 5) in den Schlußworten: quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad heredem transit, wenigstens angedeutet findet.

Dagegen mußte man im Allgemeinen wohl geneigt sein, die mit unsrer Fiktion zu begründende Convalescenz solcher Rechtsgeschäfte zuzugeben, welche vermöge der andern bis zum Antritt als ungültig erschienen waren, wie ja in einem wichtigen Falle (der Freilassung eines Erbschaftssklaven durch den Delaten nach dem Willen des Testators) schon Labeo, wie wir oben S. 57 sahen, diese Convalescenz angenommen hatte.

Von besonderer Wichtigkeit ist in dieser Beziehung die

Art, wie die Römische Jurisprudenz Stipulationen der Erbschaftssklaven vor dem Antritt der Erbschaft behandelte.

Der Erbschaftssklave konnte stipuliren 1. domino defuncto; dies wurde für entschieden ungültig gehalten, indem man nie die Fiktion, daß die Erbschaft die Person des Erblassers in sich trage, so verstand, als lebe darum der Erblasser fort[52]); 2. sine ulla adjectione; 3. sibi; 4. hereditati; in diesen drei Fällen wurde die Stipulation vermöge der Fiktion, daß der Sklave einen Herrn eben an der hereditas habe, für entschieden gültig gehalten:

Pr. J. de stipul. serv. (3,17)

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed et hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet; ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

L. 35 D. eod. (Modestinus l. VII. Reg.)

Servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur.

Endlich konnte der Erbschaftssklave stipuliren 5. heredi futuro, entweder schlechthin, oder mit namentlicher Bezeichnung desselben (nominatim). Auf diesen Fall kommt es uns eigentlich hier an, denn nur hier kann die Frage entstehen, ob die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts die Convalescenz eines ursprünglich ungültigen Rechtsgeschäfts bewirken solle. Wenn nämlich der Erbschaftssklave vor dem Antritt dem künftigen Erben stipulirt, so stipulirt er einem extraneus; gilt aber der Erbe vom Antritt an vermöge der Rückwirkung desselben als Herr des Sklaven schon seit dem Tode des Erblassers, so fragt es sich, ob nun eine solche Stipulation convalescirt, oder ungültig bleibt?

Die Hauptstelle hierüber ist die schon früher erwähnte

---

52) L. 18 §. 2. D. de stipul. serv. (45,3)

L. 28 §. 4. D. h. t. (Gajus l. III. de Verb. obl.) Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit, posse, quia qui postea heres exstiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse; quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur, licet post aliquod tempus heres exstiterit; manifestum igitur est, servi stipulationem ei acquiri.

Offenbar wird es hier als gleichgültig betrachtet, ob der Sklave dem künftigen Erben mit oder ohne Nennung seines Namens stipulirt. In jedem Fall sieht Proculus die Stipulation als schlechthin ungültig an; wir haben oben gesehen, daß es zu seiner Zeit noch am vollen Bewußtsein des Grundsatzes der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts mangelte. Cassius wendet diesen Grundsatz auf unsern Fall an, was Gajus auf das entschiedenste billigt; d. h. sie lassen die ursprünglich ungültige Stipulation rückwärts gültig werden.

Eben so unbedingt dagegen, wenn auch nur indirekt bezeichnet Papinian eine Stipulation für den künftigen Erben als eine solche, welche ein für allemal ungültig sei in L. 18 §. 2. eod:

— tamen in proposito potest quaeri, num ex hac stipulatione nihil acquisitum heredi videtur, quomodo si servus hereditarius defuncto aut etiam heredi futuro stipulatus fuisset,

womit offenbar das stipulari heredi futuro nicht nur für die Zeit der ruhenden Erbschaft selbst, sondern auch hinsichtlich der Wirkung, welche es für den Erben nach dem Antritt haben könnte, dem stipulari defuncto völlig gleichgestellt wird.

Eher könnte man zweifeln, ob nicht Paulus in L. 16 D. eod. blos von der ursprünglichen Ungültigkeit einer solchen Stipulation spreche, ohne darum die Möglichkeit ihrer Con=

valescenz nach dem Antritt in Abrede stellen zu wollen, wenn er schreibt:

Servus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipulatus nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus ejus non fuit.

Allein das fuit ist entscheidend; es beweist, daß Paulus von einer Zeit ausgeht, für welche die der ruhenden Erbschaft eine vergangene ist. Doch setzt Paulus voraus, daß dem künftigen Erben namentlich stipulirt worden sei.

Endlich aber erklärt Modestinus hinwiederum, wie wir schon oben gesehen haben, in L. 35. cit. das stipulari heredi futuro für eben so gültig, als das stipulari hereditati.

Fassen wir diese Stellen einstweilen als bloße historische Zeugnisse unbefangen ins Auge, so stellt es sich uns als wenigstens höchst wahrscheinlich dar, daß anfangs an die Convalescenz von dergleichen Stipulationen gar nicht gedacht, dann, als der Grundsatz der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts geläufiger geworden war, bald angenommen, bald verworfen wurde, am Schlusse der dritten Periode aber ziemlich allgemeinen Beifall erhielt, so daß Modestinus sie wie etwas von selbst sich Verstehendes erwähnen konnte. Was aber — daran muß uns am meisten gelegen sein — war denn bei jener Controverse der eigentliche Streitpunkt? Drehte sich der Streit um die Rückwirkung des Erbschaftsantritts auf Rechtsgeschäfte der Zwischenzeit überhaupt, oder stritt man nur darüber, ob Stipulationen, deren Richtigkeit für die Zeit ihrer Abschließung nicht bezweifelt werden konnte, nachträglich vermöge einer Fiktion sollten gültig werden können? Das Letztere ist doch gewiß das Wahrscheinlichere. Auch wenn Papinian und Paulus einverstanden damit waren, daß der Verkauf einer Erbschaftssache durch den deliberirenden Erben mit seinem Antritt rückwärts gültig werde, konnten sie dennoch gar wohl das Gegentheil für eine stipulatio, heredi futuro dari behaupten. Im Augenblick der Ab=

schließung war ja der künftige Erbe entschieden eine fremde Person für den Erbschaftssklaven; die Stipulation war also eine entschieden nichtige. Darum konnten nun jene Juristen wohl glauben, es helfe nichts, daß nachher ein Umstand eintrete, vermöge dessen der Erbe als schon damaliger Herr des Sklaven anzusehen sei, weil bei Stipulationen die (auch gerade von Paulus in L. 29 D. de R. J.) uns überlieferte Rechtsregel streng festzuhalten sei: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

Ich weiß, was man mir einwenden kann. Wenn es in der Eigenthümlichkeit der Stipulationen lag, daß Papinian auf ihre Gültigkeit dem Erbschaftsantritt keinen rückwirkenden Einfluß einräumen wollte, so mußte er auch die Stipulation des Sklaven eines Gefangenen für diesen nach seiner Rückkehr nicht gelten lassen, und doch thut er dies in der angeführten L. 18 §. 2. de stip. serv. ganz entschieden. Allein es ist zwischen diesen beiden einander ganz gleich scheinenden Fällen in der That ein wohl zu beachtender Unterschied. Der Rechtszustand während der Gefangenschaft wird stets als ein durchaus schwebender angesehen; namentlich wird die potestas dominica des Gefangenen als blos suspendirt betrachtet. Die Stipulationen seiner Sklaven für ihn sind also keineswegs im Augenblick des Abschlusses entschieden nichtig: wenn der Gefangene zurückkehrt, brauchen sie nicht zu convalesciren, sondern es entscheidet sich dann nur, daß sie in der That von vornherein gültig gewesen sind. Ganz anders verhält es sich mit dem Rechtszustand während des Ruhens der Erbschaft. Dieser wird eben durch die Fiktion, daß die Erbschaft die Person des Erblassers vorstelle, ein völlig fester, gewisser; es steht nicht in Frage, ob die Erbschaftssachen herrenlos oder im Eigenthum der Erbschaft seien vor dem Antritte des Erben; sondern das Letztere steht vollkommen fest. Der Antritt des Erben kann auf jeden Fall nur gleich einer eingetretenen Resolutivbedingung das Eigenthum der Erbschaft als selbststän-

diger Person rückwärts wieder aufheben und von dort an seinen Anfall an den Erben bewirken.

Zwar scheint eine Stelle von Paulus, die wir schon früher ins Auge faßten, nämlich die L. 73 §. 1 D. de V. O. (45, 1), den Rechtszustand während des Ruhens der Erbschaft als einen in gleicher Weise schwebenden zu bezeichnen, wie es der während der Gefangenschaft ist. Allein wenn es hier heißt:

> Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura sit stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi conditionem habeat. Idem est et in servo ejus, qui apud hostes est,

so muß offenbar — nach Allem, was über den Rechtszustand der hereditas jacens an andern Stellen so bestimmt und deutlich gesagt wird, — auch die conditio, von der Paulus hier spricht, als Resolutivbedingung gedacht werden, insofern sie überhaupt als Bedingung aufgefaßt werden darf. Jedes Rechtsgeschäft während der Zeit der ruhenden Erbschaft kann eine doppelte stillschweigende Resolutivbedingung in sich tragen. Die eine, welche hier gemeint ist, würde, wenn sie ausgedrückt werden sollte, so gefaßt werden müssen: „es sei denn, daß die Erbschaft gar nicht angetreten werden sollte", in welchem Falle dann nämlich das Rechtsgeschäft rückwärts aufgehoben werden würde. Die andere müßte umgekehrt, wenn sie ausgedrückt würde, so lauten: „es sei denn, daß die Erbschaft von dem Delaten angetreten werden würde", in welchem Falle dann die für die hereditas als selbstständige Person eingetretenen Folgen rückwärts auf den Erben zu übertragen wären. Die erstere Resolutivbedingung muß als in jedem vor dem Antritt der Erbschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäft enthalten gedacht werden; ob die andere als darin enthalten anzunehmen sei, hängt eben davon ab, ob das Recht bei der bestimmten Klasse von Rechtsgeschäften oder sonstigen juristischen Thatsachen eine Rückwirkung des Antritts der Erbschaft eintreten lassen will oder nicht.

Gerade nun auch von diesem Gesichtspunkte aus wird es um so begreiflicher, daß manche Juristen die Convalescenz der Stipulationen von Erbschaftssklaven für den künftigen Erben in Folge des nachher von Seiten des Letztern erfolgten Antritts nicht zugeben wollten. Wollte man schon die direkte Aufhebung von Stipulationen durch den Eintritt von beigefügten Resolutivbedingungen nicht zugeben [53]), so mußte man um so mehr Bedenken tragen, die Convalescenz einer nichtigen Stipulation kraft eines nach Art einer Resolutivbedingung wirkenden späteren Ereignisses sich gefallen zu lassen. Und doch ist auch das wieder leicht erklärlich, daß andere Juristen sich darüber wegsetzten, ja daß, wie wir annehmen, es zuletzt herrschende Meinung ward, man habe sich darüber wegzusetzen, da man ja mit Recht sagen konnte, es handle sich hier nicht um eine ausdrückliche, sondern um eine stillschweigende Resolutivbedingung.

In welchem Sinne aber sind denn nun diese nach ihrer ursprünglichen Bedeutung einander gewiß widersprechenden Stellen des Gajus und Modestinus auf der einen und des Paulus und Papinianus auf der andern Seite bei Abfassung der Pandekten in einen und denselben Titel aufgenommen worden? Ein bloses Versehen ist hier augenscheinlich ganz undenkbar, und so zweifle ich keinen Augenblick, daß die schon von der Glosse angenommene Lösung dieser scheinbaren Antinomie die dem Willen Justinians vollkommen entsprechende ist: man muß die eine Convalescenz verwerfenden Stellen von Stipulationen mit, und die andern von Stipulationen ohne Benennung des künftigen Erben verstehen. Es ist sehr leicht, sich den Hergang der Sache vorzustellen. Die Compilatoren fanden die Ansicht, daß die Stipulationen von Erbschaftssklaven für den künftigen Erben durch dessen Antritt

53) S. L. 44 §. 2 D. de O. et A. (44, 7) u. vgl. hiezu Savigny System III. §. 127. Note f.

convalesciren, bei Modestin als die herrschende; aber zugleich fanden sie von Papinian die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Sie schlugen nun gern den Mittelweg ein, der sich ihnen dadurch darbot, daß Paulus die Ansicht Papinians zufällig auf den Fall einer namentlichen Stipulation solcher Art anwandte, und deuteten durch Aufnahme dieser Stelle von Paulus an, daß regelmäßig Stipulationen für den künftigen Erben convalesciren, ausnahmsweise aber das Gegentheil zu gelten habe, wenn die Stipulation für den Erben als individuell bezeichnete Person abgeschlossen sei.

Daß nun aber hiernach es feststehender Rechtssatz des neuesten Römischen Rechts ist: im Allgemeinen convalesciren die Stipulationen von Erbschaftssklaven für den künftigen Erben durch dessen nachheriges wirkliches Erbewerden, während doch gerade diese Anwendung des Grundsatzes der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts so erheblichen Bedenken, wie wir sahen, unterlag, berechtigt uns offenbar um so mehr zu dem Schlusse: es gilt für das neueste Römische Recht überhaupt als Regel, daß der Erbschaftsantritt die Convalescenz solcher Rechtsgeschäfte bewirkt, welche von vornherein gültig gewesen wären, wenn der Delat schon bei ihrem Abschluß Erbe gewesen wäre. Ob es Ausnahmen dieser Regel gibt, können wir einstweilen ununtersucht lassen. Für den Beweis des scheinbar entgegengesetzten, in der That aber nur die Hauptregel zweckmäßig modificirenden Satzes, den wir oben S. 59. aufstellten, ist von größtem Belang die Weise, wie die Römischen Juristen die Erbseinsetzungen von Erbschaftssklaven und Vermächtnisse an dieselben behandelten.

Alle Stellen, welche von der Einsetzung eines Erbschaftssklaven sprechen [54]), erklären sie für gültig, wenn der Erb-

54) § 2 J. de hered. inst. (2, 14). L. 31 §. 1. L. 52 L. 64 D. eod. (28, 5). L. 61 pr. D. de A. R. D. (41, 1). Vgl. Ulp. XXII. §. 9.

lasser fähig war, eingesetzt zu werden, ohne irgendwie anzudeuten, daß die Erbseinsetzung durch den Antritt eines Erben, welchem jene Fähigkeit fehle, nachträglich ungültig werden könne, obwohl eine, die L. 52 D. de hered. inst. (von Paulus) ausdrücklich des Falles gedenkt, daß der Testator nur mit dem verstorbenen Herrn des Sklaven, nicht auch mit dem künftigen Erben testamentifactio habe:

> Servus hereditarius heres institui potest, si modo testamentifactio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit.

Bemerkenswerth ist es, daß zwei Stellen die Einsetzung des Sklaven jacente hereditate mit einem sehr verwandten Falle, nämlich mit der Einsetzung des Sklaven eines Ungebornen in Verbindung bringen, beide jedoch auf die entgegengesetzte Art.

Die Institutionenstelle spricht nämlich so:

> Servus alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamentifactio (nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti), quum et, ejus qui in utero est, servus recte instituitur.

Es wird hier der Satz aufgestellt, die Einsetzung eines fremden Sklaven nach dem Tode seines Herrn sei gültig, weil man mit erbschaftlichen Sklaven testamentifactio ex persona domini defuncti habe, was dann durch den als Parenthese zu denkenden Satz nondum — defuncti erläutert wird; und als Beleg für die Richtigkeit dieses Satzes wird angeführt, daß ja auch der Sklave eines noch Ungebornen gültig eingesetzt werden könne. Ein Ungeborner kann einen Sklaven nur haben, insofern er als suus et necessarius heres seines Vaters durch dessen Tod ipso jure sein Erbe und mithin Eigenthümer seiner Sklaven geworden ist. Von einer eigentlich ruhenden Erbschaft kann hier nicht die Rede sein, inso-

fern darunter nur eine hereditas delata nondum acquisita verstanden wird. Aber das ist beiden Fällen gemein, daß der einzusetzende Sklave augenblicklich keinen wirklichen der Einsetzung fähigen Herrn hat. Setzt man sich nun im zweiten Fall darüber weg, will der Verfasser unsrer Stelle sagen, und beurtheilt die Gültigkeit der Einsetzung nur nach der Einsetzungsfähigkeit des verstorbenen Herrn des Sklaven, so muß man es auch im ersten Falle thun.

Gerade umgekehrt dagegen schreibt Javolenus in der L. 64. cit.:

> Ejus servum, qui post mortem meam natus erit, heredem institui posse, Labeo frequenter scribit. Idque verum esse manifesto argumento comprobat, quia servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit.

D. h. er schließt: weil ein Erbschaftssklave vor dem Antritt der Erbschaft, ohne also einen wirklichen Herrn zu haben, eingesetzt werden kann, so kann es auch der Sklave des postumus, der eben so wenig einen solchen hat.

Gerade aber nun bei diesem Fall der Einsetzung des Sklaven eines Ungebornen ist es sehr einleuchtend, daß eine strenge Durchführung der Fiktion unmittelbarer Succession des Erben zu absurden Folgen führen könnte. Wir müssen allerdings annehmen, daß wenn das Kind geboren wird, sein Eigenthum am Sklaven schon in dem Augenblicke, wo der Erblasser starb, begonnen habe, damit wir seinen Eigenthumserwerb als eine wirkliche successio auffassen können. Wollten wir aber in der Folgerung so weit gehen, daß wir sagten: also hatte dieser Sklave, da er eingesetzt wurde, einen postumus zum Herrn, der für den Testator alienus postumus war, mit dem folglich dieser Testator keine testamentifactio hatte, so gienge dem Kinde durch seine Geburt diese Erbschaft wieder verloren, die es eben durch den in unserer

Stelle aufgestellten und begründeten Rechtssatz, dem natürlichen Rechtsgefühle gemäß, gewinnen sollte.

Vielleicht waren es gerade Erwägungen dieser Art, welche zunächst die Römischen Juristen bestimmten, die Gültigkeit der Einsetzungen erbschaftlicher Sklaven und folglich auch der Vermächtnisse an solche durch die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts nicht in Frage stellen zu lassen, und sie so auch auf die allgemeine Regel führten, die wir oben S. 59. formulirt haben.

Eben dies mußte sie aber dann natürlich bewegen, auch die Aufrechterhaltung ursprünglich ungültiger letztwilliger Verfügungen jener Art nie auf die Fiktion zu stützen, als habe der Erbschaftssklave schon vom Tod des Erblassers an dem nachher antretenden Erben gehört, sondern namentlich, wo bei Vermächtnissen eine solche Aufrechterhaltung vom Rechtsgefühle gefordert wurde, sich hiezu einer andern juristischen Construktion zu bedienen.

Eine besondere Betrachtung verdient hier das Vermächtniß, durch welches einem Erbschaftssklaven der Nießbrauch einer Sache hinterlassen werden soll. Man könnte glauben, ein solches Vermächtniß wäre nach der regula Catoniana für ungültig gehalten worden, weil wenn der Vermächtnißgeber gleich bei Errichtung des Testaments gestorben wäre, das Vermächtniß hätte ungültig sein müssen, da ja eine Erbschaft keinen Nießbrauch, also auch das Vermächtniß eines Nießbrauchs nicht erwerben könne. Allein es gilt der Grundsatz, daß bei Vermächtnissen einer Personalservitut insgemein kein vorläufiger Erwerb des Vermächtnisses Statt findet, ehe das vermachte Recht selbst erworben werden kann, weil jener vorläufige Erwerb überhaupt nur wegen der Transmission auf die Erben des Honorirten angenommen wird, und diese hier doch nicht eintreten könnte.

L. 23. D. quando dies legatorum (36, 2.)

Si pure sit ususfructus legatus, vel usus vel habi-

tatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit; item et si ex die sit ususfructus relictus; nam quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit.

Dadurch ist aber nun auch jedes solche Vermächtniß dem Bereich der regula Catoniana entrückt, nach dem Grundsatz der

L. 3. D. de reg. Cat. (34, 7):

Catoniana regula non pertinet ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.

Wie nun aber, wenn die Erbschaft des Vermächtnißgebers vor derjenigen angetreten wird, zu welcher der Erbschaftssklave gehört, dem der Nießbrauch vermacht ist? Man könnte hier sagen: gegenwärtig ist nun freilich das Vermächtniß ungültig; es wird jedoch rückwärts gültig, wenn die Erbschaft, wozu der Sklave gehört, angetreten wird.

Die Römischen Juristen aber sprechen sich ganz anders darüber aus. Eine Hauptstelle hierüber ist

L. un. §. 1 D. quando dies ususfr. legati ced. 7, 3. (Ulpianus l. XVII. ad Sabinum): Dies autem ususfructus, item usus non prius cedet, quam hereditas adeatur; tunc enim constituitur ususfructus, quum quis jam frui potest. Hac ratione etsi servo hereditario ususfructus legetur, Julianus scribit, quamvis cetera legata hereditati acquirantur, in usufructu tamen personam domini exspectari, qui uti et frui possit.

D. h. es wird angenommen, daß der Anfall des Vermächtnisses (das cedere diem legati) hier erst dann eintritt, wenn ein Subjekt da ist, welches dasselbe geltend machen kann. Dies ist dann der Fall, wenn die Erbschaft, deren Bestandtheil der Sklave ist, angetreten wird. Nunmehr erst cedit dies legati, für dessen Gültigkeit ebendeshalb nun auch

es gar nicht nöthig ist, von dem Grundsatze der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts Gebrauch zu machen.

Und so ist denn nun auch folgende Stelle ganz begreiflich:

L. 16 §. 1 D. quando dies leg. ced. (36, 2): Quum servo legato, antequam hereditas ejus, qui legaverat, adiretur, ususfructus ab alio legatus fuerit, et prior hereditas ejus, qui usumfructum legaverat, adita fuerit, nulla ratio est, cur diem legati cedere existimemus, antequam ea quoque hereditas, ex qua servus legatus erat, adeatur, quum neque in praesentia ullum emolumentum hereditati acquiratur, et, si interim servus mortuus fuerit, legatum exstinguatur; quare adita hereditate existimandum est, usumfructum ad eum, cui [55]) servus legatus esset, pertinere.

Besonders merkwürdig ist aber für uns die ebenfalls nun von jenen Sätzen aus vollkommen deutliche

L. 26 D. de stipul. serv. (Paulus l. I. Manualium) [56]): Ususfructus sine persona esse non potest; et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur; legari autem ei posse (usumfructum) dicitur, quia dies ejus non cedit statim; stipulatio autem pura suspendi non potest. Quid ergo, si sub conditione stipuletur? Nec hoc casu valeat (stipulatio), quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.

Paulus erklärt hier jenes Vermächtniß darum für

---

55) Daß so mit Haloander und der Vulgata, statt cujus, wie die Florentina hat, zu lesen sei, ist dem ganzen Zusammenhang nach unzweifelhaft. Siehe Mühlenbruch in seiner Fortsetzung von Glücks Commentar XLIII. S. 65. Note 9.

56) Gleichlautend bis auf die oben eingeklammerten Worte uns überliefert durch die Vat. fragm. §. 55.

gültig, weil es überhaupt erst zu einer Zeit wirksam wird, wo die Erfordernisse seiner Gültigkeit gegeben sind; hiernach sollte man denken, es müßte auch eine Nießbrauchsstipulation des Erbschaftssklaven wenigstens dann gelten, wenn sie bedingt abgeschlossen und vor Erfüllung der Bedingung die Erbschaft, wozu der stipulirende Sklave gehört, angetreten sei, da bei einer bedingten Stipulation der Anfang der Wirksamkeit auch erst eintritt (cedit dies) mit der Existenz der Bedingung. Paulus verwirft dies aber, weil die Gültigkeit einer Stipulation streng nach den Umständen zur Zeit ihrer Abschließung zu beurtheilen sei. Es fällt von dieser Bemerkung aus ein neues Licht auf die oben besprochene Streitfrage, ob der Erbschaftssklave dem künftigen Erben mit Erfolg stipuliren könne, und zwar ein solches, welches, wie ich nicht weiter auszuführen brauche, meine dort geäußerten Ansichten nur bestätigt.

Das Ergebniß unserer bisherigen Untersuchung über den Inhalt der Römischen Rechtsquellen in Beziehung auf unsre Frage läßt sich daher nunmehr so zusammenfassen:

Wo hinsichtlich einzelner juristischer Thatsachen aus der Zeit der ruhenden Erbschaft jede der beiden Fiktionen an sich zu einer entgegengesetzten Beurtheilung führen würde, hat regelmäßig diejenige einzutreten, welche der Fiktion unmittelbarer Succession des später antretenden Erben entspricht, ausgenommen:

1) daß ungültige letztwillige Verfügungen zu Gunsten von Erbschaftssklaven und (nach Justinianischem Recht wenigstens) Stipulationen derselben für den künftigen Erben mit dessen namentlicher Bezeichnung dadurch nicht convalesciren;

2) daß positive Rechtswirkungen juristischer Thatsachen aus der Zeit der ruhenden Erbschaft nicht aufgehoben werden.

Vergegenwärtigen wir uns nun aber, daß nicht nur die erste Ausnahme sich ganz, sondern daß auch die zweite sich vorzugsweise auf Rechtsgeschäfte von Erbschaftssklaven bezieht, welche in unserem Rechtsleben nicht mehr vorkommen,

so ergibt sich von selbst, daß im heutigen Recht die Anwendbarkeit der die Wirkung des Erbschaftsantritts auf die Todeszeit des Erblassers zurückbeziehenden Fiktion einer nur noch sehr geringen Beschränkung durch die Fiktion selbstständiger Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft unterliegt.

Und so sind wir denn für das Recht der Gegenwart zu einem Resultate gelangt, welches der Ansicht Jherings ganz entgegengesetzt ist, dagegen aber Savignys Ansicht sich sehr nähert, der bekanntlich behauptet, die Fiktion, welche der ruhenden Erbschaft Persönlichkeit beilegt, sei als eine mit dem Sklavenverhältnisse zusammenhängende nicht mehr als Bestandtheil des heutigen Rechts zu betrachten[57]).

Vollständig indessen könnte ich dieser Behauptung selbst dann nicht beistimmen, wenn auch dabei jene Fiktion gleichbedeutend mit dem Satze genommen würde, es seien alle juristischen Thatsachen aus der Zeit der ruhenden Erbschaft ein für allemal so zu beurtheilen, wie sie vermöge ihrer Beziehung auf die hereditas als selbstständige Person beurtheilt werden müssen. Denn es findet sich in unsern Quellen wenigstens eine ausdrückliche Anwendung dieses Satzes, die keineswegs mit dem Institut der Sklaverei zusammenhängt, und die ich daher nicht umhin kann, als eine noch geltende Ausnahme von der Regel der durchgreifenden Anwendbarbeit der andern Fiktion zu betrachten.

Es ist dieses der von Jhering[58]) begreiflicher Weise sehr hervorgehobene Ausspruch des Paulus in

L. 21 D. de neg. gest. 3, 5. (Paulus l. IX. ad Edictum): Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat; ideoque nihil refert, an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit.

---

57) System II. S. 373.

58) A. a. O. S. 217 fg.

Pupillen nämlich werden durch die negotiorum gestio eines Dritten nur verpflichtet, so weit sie eine dauernde Bereicherung für sie zur Folge gehabt hat [59]). Es fragt sich also, ob aus einer Besorgung erbschaftlicher Geschäfte ohne Auftrag der nachher Erbe werdende Pupill unbedingt verpflichtet werde? Indem Paulus diese Frage bejaht, sieht er offenbar von dem Grundsatz der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts ab. Denn nach diesem müßte man sagen: wenn der Pupill die Erbschaft angetreten hat, so müssen nunmehr die Geschäfte, welche der Dritte besorgte, nicht sowohl wie Erbschaftsgeschäfte, als vielmehr wie Geschäfte eines Pupillen angesehen werden. Paulus folgert aber ganz einfach daraus, daß überhaupt Erbschaftsschulden auf den erbenden Pupillen ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund übergehen, es sei dieses auch bei jener der Erbschaft aus der negotiorum gestio erwachsenen Verbindlichkeit der Fall.

Dies stimmt nun ganz mit der von mir oben aufgestellten allgemeinen Regel überein, daß positive Rechtswirkungen juristischer Thatsachen aus der Zeit der ruhenden Erbschaft nie durch die Fiktion der unmittelbaren Succession des später antretenden Erben aufgehoben werden. Die Entscheidung des Juristen hatte aber vielleicht noch ein besonderes Motiv darin, daß gerade in Beziehung auf negotiorum gestio durch die Bestimmung des prätorischen Edikts [60]):

> Si quis negotia, quae cujusque, quum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo

schon von Alters her, gewiß lange, ehe die Fiktion, daß die Person des Erblassers in der Erbschaft fortbestehe, zu klarem Bewußtsein gekommen war, eine Anwendung derselben zu Geltung gekommen war, wie mir denn auch die Vermuthung

---

59) L. 3. §. 4. L. 37 D. de neg. gest. L. 2 C. eod. (2, 19).

60) L. 3 pr. §. 6 D. de neg. gest.

Mühlenbruchs[61]), daß eben in jenem Edikt der Ursprung dieser Fiktion zu suchen sei, sehr viel für sich zu haben scheint.

Es erhellt nach meinen bisherigen Ausführungen von selbst, daß ich die einzelnen von Ihering a. a. O. S. 220. bezeichneten Fälle, „über die unsre Quellen schweigen", ganz anders ansehen muß als er. Ich will an ihrer Beurtheilung zu erproben suchen, daß meine Theorie auch in der Anwendung befriedigende Ergebnisse liefere.

1) „Der Erblasser hatte eine Frau zur Erbin eingesetzt, nach seinem Tode bestellt dieselbe vor Antretung der Erbschaft für eine erbschaftliche Schuld ein Pfand, später erst tritt sie an."

Jenes Rechtsgeschäft war im Augenblick seiner Errichtung jedenfalls ungültig; denn weil damals die Erbschaft der Verpfänderin als eine selbstständige Person gegenüber stand, so lag in der Pfandgebung des Weibes für eine Erbschaftsschuld eine unter das SC. Vellejanum fallende Intercession. Sobald sie aber die Erbschaft antritt, convalescirt diese Verpfändung, da es nun so anzusehen ist, als habe sie das Pfand für ihre eigene Schuld gegeben. So muß der Fall nach meiner Theorie entschieden werden. Ihering betrachtet die Verpfändung als eine bleibend unwirksame. Ich meine, diese Entscheidung müßte für jedes gesunde Rechtsgefühl unerträglich sein.

2) „Während der hereditas jacens verbürgt sich der Erbe für eine natürliche Verbindlichkeit des Erblassers." Hier trifft meine Beurtheilung mit der Iherings zufällig im Ergebniß überein, weil es sich hier um eine juristische Thatsache handelt, die während der ruhenden Erbschaft eine positive Rechtswirkung gehabt hat, wo auch nach meiner Ansicht die Fiktion der unmittelbaren Succession des Erben ausnahmsweise nicht anzuwenden ist. Und in der That wird hier auch

61) Glücks Pandekten-Commentar XLIII. S. 50.

das natürliche Rechtsgefühl es billigen, daß der Erbe selbst nach dem Antritt aus seiner Bürgschaft belangt werden kann, obwohl er aus der natürlichen Verbindlichkeit des Erblassers nicht belangt werden könnte.

3) „Der Erbe war Gläubiger des Verstorbenen und cedirt während der hereditas jacens seine Klage einem Dritten." Auch hier muß ich aus demselben Grunde, wie im vorigen Falle, mit Ihering behaupten, daß die Cession nicht rückwärts ungültig werde. Aber das wird wohl auch Ihering nicht behaupten wollen, daß der Cessionar die cedirte Klage nach dem Antritt des Erben gegen diesen anstellen könne, da ja der Cessionar nur im Namen des Cedenten klagen kann, und im Formularverfahren die Intentio lauten müßte: si paret N^um. N^um. N^o. N^o dare oportere. Daß aber das Cessionsgeschäft als gültig und den Erben verpflichtend behandelt werde, ist offenbar auch hier der Billigkeit gemäß.

Es bleibt mir aber nun noch übrig, die Mißverständnisse nachzuweisen, vermöge welcher Ihering verschiedene Stellen der Quellen als Belege für seine Theorie betrachtet, die es in der That nicht sind.

Erstlich behauptet er dies [62]) von solchen Stellen, wie L. 80 de leg. II. (31), welche sagt:

> Recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit, nunquam factum heredis.

Der Erbschaftsantritt macht den Erben rückwärts zum Eigenthümer aller Erbschaftssachen, aber natürlich mit Ausnahme der durch ein Vindicationslegat pure vermachten; denn für diese hat ja der Erbschaftsantritt ebenso die Wirkung, den Vermächtnißnehmer ipso jure, ohne Vermittlung des Erben zum Eigenthümer zu machen. Eben weil diese Sachen überhaupt nicht in das Eigenthum des Erben kommen, kann in Beziehung auf sie auch die Fiktion nicht Platz greifen, als

62) A. a. O. S. 212 f.

seien sie vom Tode des Erblassers an in seinem Eigenthum gewesen.

Eben so wenig aber, als mithin solche Stellen Iherings Ansicht günstig sind, steht damit folgende Entscheidung des Gajus in der L. 70 pr. de leg. I. (30) in Widerspruch:

> Si servus Titii furtum mihi fecerit, deinde Titius herede me instituto servum tibi legaverit, non est iniquum, talem servum tibi tradi, qualis apud Titium fuit, id est, ut me indemnem praestet furti nomine, quod is fecerit apud Titium.

Das Bedenken, welches hier Gajus durch die Ausdrucksweise „non iniquum est" andeute, soll nun in der Annahme bestehen können, daß der Erbe rückwärts während der hereditas jacens Eigenthümer des Sklaven geworden, die actio furti mithin der Strenge nach untergegangen sei. Es könnte aber, auch wenn es sich, wie Ihering annimmt, hier um ein Vindicationslegat handelte, das Bedenken ganz einfach darin bestehen, daß der Legatar ein Vindicationsrecht auf den Sklaven hat, dem gegenüber der Erbe seinen Anspruch aus dem Diebstahl desselben nur durch eine exceptio doli geltend machen kann.

Allein Gajus spricht in der That hier gar nicht von einem Vindicationslegat, sondern von einem Damnationslegat, wobei denn, wie sich von selbst versteht, niemals davon die Rede sein kann, daß das Eigenthum von der Erbschaft unmittelbar auf den Legatar übergehe. Dies beweisen die folgenden Worte der Stelle (§. 1):

> Nam et si fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam.

Diese Entscheidung würde man allerdings mit Ihering als eine sehr unrichtige bezeichnen müssen, wenn dabei ein pure errichtetes Vindicationslegat vorausgesetzt würde. Allein schon das Wort praestare deutet genugsam an, daß

hier und also auch im pr. von einem Gegenstande die Rede ist, welchen der Erbe erst ins Eigenthum des Vermächtnißnehmers bringen soll. Davon wird denn natürlich der Erbe durch den Antritt ungeachtet des Vermächtnisses selbst Eigenthümer, die actio furti, wie die Servitut geht unter, es ist aber billig, daß er nur gegen Entschädigung und Wiederherstellung der Servitut von Seiten des Vermächtnißnehmers angehalten wird, dessen Forderung zu erfüllen.

Noch weniger zu begreifen ist es, wie Jhering denselben Sachverhalt in folgender Stelle Florentins verkennen konnte:

L. 116 §. 4 de leg. I: fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum jus restituendum est.

Statt auch Florentin einer „Gedankenlosigkeit" wegen dieses Ausspruchs zu beschuldigen, hätte vielmehr seine deutliche Erklärung, daß er von einem Damnationslegat spreche, auch über den Sinn der Stelle des Gajus die Augen öffnen sollen. Der gute Gajus wird aber von Jhering überhaupt angeklagt „sich in der Entwicklungsgeschichte der Julianischen Fiktion durch seine Renitenz ausgezeichnet zu haben"[63]. Dies soll nächst der oben S. 56 besprochenen L. 28 §. 4. de stipul. serv. hauptsächlich beweisen

L. 55 §. 1. D. de leg. II (31): Si eo herede instituto, qui nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate, videndum est, utrum heredis, an defuncti persona, an neutrius spectari debeat; et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cujus persona de capacitate quaeri possit, sine ullo

63) A. a. O. S. 206.

impedimento acquiratur legatum hereditati, atque ob id omnino ad eum pertineat, quicunque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest; reliqua autem pars ad eos, qui jure vocantur, venit.

Wir müssen uns bei Auslegung dieser Stelle erinnern, daß die Augustische Gesetzgebung ganz neue Bedingungen für die Fähigkeit, Erbschaften und Vermächtnisse zu erwerben aufgestellt hatte, indem nach ihr der Stand eines Latinus Junianus, die Ehelosigkeit und die Kinderlosigkeit die Erwerbung des durch letztwillige Verfügungen Zugewendeten entweder im Ganzen oder doch bis zu einem gewissen Maaße verhindern sollte, wenn nicht noch innerhalb einer bestimmten Frist das Hinderniß beseitigt würde; außerdem sollte das Hinterlassene ihm entgehen (cadere ab eo, caducum fieri) und andern Personen zur Belohnung ihres Gehorsams gegen die neuen Gesetze oder dem Aerar zufallen [64]. Bei eingesetzten oder mit Vermächtnissen bedachten Sklaven war natürlich diese neue Erwerbsfähigkeit (capacitas) auf die Person ihrer Herren zu beziehen. Nun mußte die Frage entstehen, welche Anwendung von diesen Bestimmungen auf Vermächtnisse zu machen sei, welche Sklaven hinterlassen würden, die zur Zeit, wo dies legati cedit, zu einer ruhenden Erbschaft gehörten. Sollte man hier das Erforderniß der Erwerbsfähigkeit auf die Person des verstorbenen Herrn, oder auf die des künftigen Erben, oder auf keine von beiden beziehen? Es ist begreiflich, daß die Ansichten hierüber schwankten (daß, wie Gajus sagt: multae varietates eintraten [65])). Die Fiktion, daß hereditas personam defuncti sustinet

---

64) Vgl. Gaj. II §. 110. 111. 226. Ulp. XVII.

65) Ein sehr wunderlicher Einfall Iherings ist es, dieses „post multas varietates" auf Gajus selbst und allein zu beziehen, und als ein „Geständniß" aufzufassen, daß „er über jene Frage häufig „seine Meinung gewechselt habe"!

konnte es als nothwendig erscheinen lassen, auf dessen Person zu sehen. Allein von Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit, ja auch von dem Stand der Junianischen Latinität als einem, wie er hier gedacht wird, vorübergehenden[66]) kann nur die Rede sein bei natürlichen Personen, und jene Fiktion nahm ja nicht die Fortdauer der natürlichen Persönlichkeit des Erblassers an. Eben deshalb konnte man nun darauf verfallen, den berufenen Erben, als wahrscheinlichen künftigen Herrn des Sklaven ins Auge fassen zu wollen. Allein dieser stand ja eben jetzt noch in keinem Verhältnisse zum Sklaven. Man mußte also doch endlich zu der richtigen Einsicht kommen, daß während der ruhenden Erbschaft in der That gar keine Person da sei, bei welcher nach der Capacität für das Vermächtniß gefragt werden könne, daß man also von dieser Frage einstweilen ganz Umgang nehmen, einstweilen nur an die Bestimmungen des jus civile über die Erwerbung von Vermächtnissen sich halten und somit einen vorläufigen Erwerb des Vermächtnisses für die Erbschaft ungehindert zulassen müsse; erst wenn der Erbe wirklich angetreten habe, sei es Zeit, nach dessen Capacität zu fragen und das weitere, definitive Schicksal des Vermächtnisses darnach zu bestimmen. Es ist also in der That vielmehr ein klares und richtiges Bewußtsein der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse, welches sich in diesen Aeußerungen des Gajus ausspricht, als eine eigensinnige Renitenz gegen die Ansicht Julians: bei Stipulationen und Eigenthumserwerbungen von Erbschaftssklaven testantis personam spectandam esse[67]), von welcher, wie wir uns eben überzeugt haben, hier keine Anwendung gemacht werden durfte.

---

66) Ulp. l. c. §. 1: si — Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum — Latinus jus Quiritium consecutus sit rel.

67) L. 33 §. 2 D. de A. R. D.

Eine ebenfalls von Jhering[68]), aber freilich nicht minder von Mühlenbruch[69]) meines Erachtens falsch verstandene Stelle ist die

L. 36 D. de solut. 46, 3. (Julianus l. I. ad Ursejum Ferocem.) Si pater meus praegnante uxore relicta decesserit, et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petiissem, nihil me consumsisse quidam existimant; si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse. Julianus notat: verius est, me eam partem perdidisse pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset, neminem nasci: aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque rel.

Der wahre Sinn dieser Stelle ist folgender. Wenn ein Erblasser bei seinem Tod einen filius suus und eine schwangere Wittwe hinterläßt, ohne ein Testament errichtet zu haben, so ist es zwar sofort ganz gewiß, daß er von jenem Sohne beerbt wird, aber es ist ebenso noch ganz ungewiß, ob dieser sein alleiniger Erbe sein, oder ob er ihn nur zu einem Theile, und zum wie vielsten zum Erben haben werde, da man nicht weiß, ob demselben noch Miterben geboren werden, oder nicht, und im erstern Fall, ob einer oder zwei oder noch mehr. Klagt nun bei diesem Stand der Dinge der Sohn eine Forderung des Vaters von **100** vollständig ein („si paret N^um. N^um. A^o. A^o. centum dare oportere"), so fragt es sich, ob durch die Litiscontestation die erbschaftliche Forderung novirt also aufgehoben werde, oder nicht, und im erstern Fall zum wie vielsten Theil. Hierüber bestand eine bei Ursejus Ferox vorgetragene Ansicht des Inhalts: es ist zu unterscheiden, ob die Erwartung, daß dem Kläger Miterben geboren werden, ob-

---

68) A. a. O. S. 181 f.

69) Commentar zu den Pandekten XLII. S. 320 ff.

jektiv begründet ist, oder nicht. Ersteres ist der Fall, wenn wenigstens ein postumus wirklich geboren wird. Dann tritt überhaupt erst mit dessen Geburt die Delation der Erbschaft ein. Der schon lebende Sohn war also bis dahin gar nicht Erbe, hat folglich die erbschaftliche Forderung überhaupt nicht in judicium deducirt, und mithin auch durch seine Litiscontestation eine Novation derselben zu keinem Theile bewirkt (nihil consumsit). Das Zweite ist der Fall, wenn kein postumus zur Welt kommt. Dann ist der Sohn sofort durch des Vaters Tod ipso jure Alleinerbe desselben geworden und hat also seine Klage ganz auf die richtige Weise angestellt (recte egit), so daß ihm die Novation derselben nichts schadet, indem der Gegner ganz in Gemäßheit seiner Klage verurtheilt werden muß.

Diese Ansicht verwirft Julian, und setzt ihr eine andere entgegen, wornach der bereits lebende Sohn jedenfalls sofort Erbe wird, aber einstweilen nur zu dem Rest der Erbschaft nach Abzug der für die zu erwartenden Miterben zurückzulegenden Theile, über deren Zahl Julian in Zweifel ist. Zu dem Theile, zu welchem der Sohn einstweilen Erbe wird, hat er denn auch die erbschaftliche Forderung novirt und mithin verloren, da er wegen seiner Pluspetition abgewiesen werden muß.

Hinsichtlich jenes Zweifels, zum wie vielsten Theile der Sohn einstweilen Erbe werde, hat unsere Stelle blos historische Bedeutung; sonst enthält sie in den Worten Julians die im Justinianischen Recht geltende Ansicht, wie sich ergibt aus

> L. 3 in f. L. 4 D. si pars hereditatis pet. (5, 4): Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit. Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere; si plures, quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.

Ich muß es nun aber für ganz unrichtig halten, wenn der Unterschied zwischen dieser Ansicht und der andern von Julian verworfenen darin gesucht wird, daß die letztere die Fiktion der unmittelbaren Succession des später erwerbenden Erben anwende, die erstere sie nicht anwende. Denn jene Ansicht hat ja gerade den Inhalt, daß der Sohn vom Tode des Vaters an in Wirklichkeit (in rerum natura), nicht blos kraft einer Fiktion Erbe desselben sei; sie nimmt für keinen Augenblick einen solchen Zustand wirklicher objektiver Unentschiedenheit an, wie er besteht, während ein voluntarius heres mit sich zu Rathe geht, ob er antreten wolle. Aber auch Julian konnte bei seiner Ansicht nicht an die Anwendung einer Fiktion denken, weil es sich bei der ganzen Frage um die Wirkungen der Litiscontestation d. h. eigentlich der Fassung der Klagformel handelte, wobei der Natur der Sache nach lediglich auf die augenblickliche wirkliche Gestalt des Rechtsverhältnisses zu sehen ist. War dem Sohn wirklich, wie es ja auch das geltende Recht ist, zur Zeit seiner Klagestellung nur ein Viertel der Erbschaft deferirt, so begieng er durch seine Intentio: si paret N^um. N^um. A^o. A^o centum dare oportere eine Pluspetition, da er nur auf 25 klagen konnte. Er muß also abgewiesen werden, auch wenn er nachher Alleinerbe wird, so gut wie der, welcher eine bedingte Forderung einklagt und nachher durch den Eintritt der Bedingung wirklich Gläubiger wird. Daß von rückwirkender Convalescenz bei einer unrichtig gefaßten Formel die Rede sein könne, wird bestimmt in Abrede gestellt durch

L. 35 D. de judiciis (5, 1): Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, — ita judicium in pendenti potest esse.

Eine andere Bewandniß hat es allerdings mit der condictio indebiti. Wenn ein bedingt Verpflichteter zahlt, während die Bedingung schwebt, so fällt seine condictio weg, wenn die Bedingung vor ihrer Anstellung eintritt. Dies sagt

L. 16 pr. D. de cond. indeb. (12,6): Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest.

Allein es soll damit nicht behauptet werden, daß die condictio indebiti durch den Eintritt der Bedingung ipso jure aufgehoben werde, denn es bleibt wahr, daß zur Zeit der Zahlung ein indebitum gezahlt worden ist. Es enthält daher auch folgende Stelle den Widerspruch gegen die Geltung der Fiktion unmittelbarer Succession des Erben durchaus nicht, den Ihering[70]) in ihr finden will:

L. 25 D. de solut. (46,3): Ex parte heres institutus, si decem, quae defunctus promiserat, tota solvit, pro parte quidem, qua heres est, liberabitur, pro parte autem reliqua ea condicet; sed si antequam condicet, ei accreverat reliqua pars hereditatis, etiam pro ea parte erit obligatus; et ideo condicenti indebitum doli mali exceptionem obstare existimo.

Es ist vielmehr nach dem oben Bemerkten ganz natürlich, daß hier der Fiktion, der Erbe sei für den ihm accrescirenden Rest der Erbschaft schon bei der Zahlung Erbe gewesen, nur mittelst einer exc. doli mali Folge gegeben wird.

Bei

L. 1 §. 11 D. quod legatorum (43,3): „Quod ait Praetor: voluntate ejus, ad quem ea res pertinet, ita erit interpretandum, ut si post aditam hereditatem vel bonorum possessionem agnitam voluntas accommodata est legatario, ut possideret, interdictum cesset; quodsi ante aditam hereditatem bonorumve possessionem agnitam hoc factum est, rectius dicetur, eam voluntatem non nocere debere“,

---

70) A. a. O. S. 180 f.

übersieht Ihering[71]), daß der Satz: Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur, wie es schon der Wortlaut sagt, nur eine Fiktion ist, welcher die Wirklichkeit gegenübersteht, daß der Delat vor dem Antritt nicht Erbe ist, die Erbschaft ihn in der That noch nichts angeht. Wo es nun, wie bei einem Interdikt, eben gerade auf die im Edikt vorausgesetzte Wirklichkeit (quod verum est in rerum natura) ankommt, kann daher eben deshalb nie von Anwendung jenes Satzes die Rede sein.

Ebenso verkennt er die wahre Bedeutung dieser Fiktion, indem er sich zum Beweise, daß sie von der späteren Jurisprudenz nicht mehr angewendet werde, auf zwei Stellen Ulpians beruft (L. 3 §. 1. de pecul. 15,1. und L. 7 §. 18 D. de pactis 2,14), nach welchen der (bedingt) cum libertate eingesetzte eigene Sklave des Testators „auch nachdem er Erbe „geworden ist, für die Vergangenheit das bleibt, was er war — „Sklave“.[72]) Unsere Fiktion bezieht sich ja überhaupt nur auf das Verhältniß des Erben zur Erbschaft, nicht auf seine eigenen persönlichen Zustände. Der Sklave wird also nach ihr zwar rückwärts als Erbe des Testators, aber nicht darum auch als Freier angesehen. Ihn als Freien rückwärts zu behandeln, wäre nicht eine Anwendung, sondern ein Mißbrauch unserer Fiktion. Auch der nach dem Tod erst zur Welt kommende Sohn des Erblassers gilt als dessen Erbe von der Zeit seines Todes an. Aber eine Erbseinsetzung desselben durch einen Fremden in dieser Zwischenzeit, während er noch ungeboren ist, wäre und bliebe nichts desto weniger die Einsetzung eines postumus alienus, und würde durch unsere Fiktion unmöglich zu Kraft kommen können.

Dagegen liegt es allerdings in dieser Fiktion, daß der

71) A. a. O. S. 222.

72) A. a. O. S. 222 f.

nachher antretende Erbe als Eigenthümer der Erbschaftssachen auch schon für die Zwischenzeit gilt. Gerade davon aber findet Ihering[73]) das Gegentheil in

L. 8 D. de R. C. (12,1): Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex postfacto confirmetur, veluti si dem tibi mutuos nummos, ut si conditio aliqua exstiterit, tui fiant, sisque mihi obligatus. Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam Julianus ait, et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, quum repudiatum sit legatum aut acquisitum.

Allein diese Stelle hat es gar nicht mit der Frage zu thun, wer als Eigenthümer der Erbschaftssachen für die Zeit der ruhenden Erbschaft anzusehen sei, sondern lediglich mit der davon ganz verschiedenen Frage, als wessen Eigenthum eine per vindicationem vermachte Sache vom Erbschaftsantritt an bis zu dem Augenblick zu gelten habe, in welchem der Legatar sich darüber erklärt, ob er das Vermächtniß annehmen oder ausschlagen wolle. Die Proculejaner wollten in diesem Zeitraum die Sache als herrenlos betrachtet wissen; die Sabinianer als Eigenthum des Legatars, wenn er das Legat annehme, — als Eigenthum des Erben, wenn das Vermächtniß ausgeschlagen werde[74]), welche letztere Meinung die Oberhand behielt. Wenn nun in Gemäßheit derselben in unserer Stelle gesagt wird: heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, so ist damit in diesem Zusammenhang nicht gesagt, daß sie nicht auch schon vom Tod des Erblassers an als ihm gehörig zu betrachten seien; vielmehr

---

73) A. a. O. S. 215.

74) Gaj. II. §. 200.

könnte man wohl geneigt sein, gerade in dem fuisse eine Andeutung des Gegentheils zu erblicken.

Mit mehr Schein beruft sich Ihering[75]) zu dem gleichen Zweck auf

L. 36 §. 2. de hered. pet. 5,3. (Paulus l. XX. ad Ed.): Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat, se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, omissa ejus rei aestimatione a judice. Quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus; nam si postea, ipsius actio propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem.

Der Erbe soll die legis Aquiliae actio als sein eigen nur erhalten, wenn der Sklave nach dem Antritt der Erbschaft getödtet worden ist. Wird er aber — wie wir annehmen — durch den Antritt Eigenthümer des Sklaven vom Tode des Erblassers an, so muß er ja jene Klage eben so gut auch wegen der vor dem Antritt erfolgten Tödtung des Sklaven kraft eigenen Rechts d. h. als Eigenthümer desselben haben. Paulus scheint also dieses Eigenthumsrecht dem Erben für die Zeit der ruhenden Erbschaft abzusprechen. Allein eine genauere Betrachtung der Stelle läßt uns erkennen, daß der wahre Gedankenzusammenhang in derselben folgender ist. Wenn der Erbschaftsbesitzer einen erbschaftlichen Sklaven vor dem Antritt der Erbschaft tödtet, so erwächst dadurch die Obligatio aus dem Delikt der lex Aquilia der hereditas; der Mörder des Sklaven wird dadurch debitor hereditarius und kann mithin, wenn er die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt, auf Erfüllung jener obligatio als juris possessor mit der hereditatis petitio belangt werden:

75) A. a. O. S. 215.

L. 13 in f. 14. D. eod. (Hereditas peti potest) item a debitore hereditario, quasi a juris possessore; nam et a juris possessoribus posse hereditatem peti constat. — Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui — ante aditam hereditatem damnum dedit.

Hereditarius debitor zu sein hört er durch den Erbschaftsantritt nicht auf, da ja, wie wir oben gesehen haben, positive Rechtswirkungen, welche juristische Thatsachen in der Zeit der ruhenden Erbschaft gehabt haben, durch den Erbschaftserwerb nicht aufgehoben werden. Der Erbe hat also fortwährend die Wahl, die actio legis Aquiliae gegen ihn anzustellen, oder bei der litis aestimatio der hereditatis petitio ihren Betrag d. h. das, was er durch selbstständige Anstellung derselben erhalten könnte, mit in Anschlag bringen zu lassen. Ist aber die Tödtung nach dem Antritt erfolgt, so hat er diese Wahl nicht; denn dann ist der Mörder nicht hereditarius debitor, sondern nur sein eigener Deliktsschuldner geworden (ipsius actio propria effecta est); er kann also ihn nun auch blos mit dieser Deliktsklage, nicht aber mit der hereditatis petitio als juris possessor belangen. Das Eigenthumsrecht des Erben am Sklaven wird also, wie man sieht, durch diese Argumentation auch für die Zeit der ruhenden Erbschaft keineswegs in Abrede gestellt.

Zum Schlusse dieser Abhandlung soll nun noch versucht werden, von den Ergebnissen derselben für die Beantwortung der bekannten Streitfrage Gebrauch zu machen, ob zur Vollendung einer unvollendeten Usucapion des Erblassers jedenfalls Besitzerwerb des Erben erforderlich sei?

Ich will dabei vorerst von den Aussprüchen unserer Quellen absehen, und untersuchen, wie diese Frage lediglich aus inneren Gründen zu entscheiden wäre.

Es wird hierbei anzuknüpfen sein an die oben S. 22 gemachte Bemerkung, daß die römische Jurisprudenz der

Natur der Sache gemäß die conditio usucapiendi oder das darin enthaltene werdende Eigenthum als ein zur Vererbung bestimmtes Rechtsverhältniß auffaßt, wozu aber sogleich erläuternd beizufügen ist, daß man sich hierunter nicht den Usucapionsbesitz selbst, sondern nur die Wirkung einer gewissen Dauer desselben vorstellen darf. Wer bei dreijähriger Usucapionszeit zwei Jahre ununterbrochen im Usucapionsbesitz einer Sache gewesen ist, hat dadurch die Hoffnung erworben, Eigenthümer zu werden, wenn er noch ein Jahr lang diesen Besitz fortsetzen wird, in ähnlicher Weise, wie der, welcher ein bedingtes Schenkungsversprechen angenommen hat, dadurch die Hoffnung erworben hat, vermöge des Eintritts der Bedingung eine Forderung auf den Gegenstand des Schenkungsversprechens zu bekommen. So gut der Letztere diese spes debitum iri auf seine Universalsuccessoren vererbt [76]), eben so gut denkbar ist es, daß der Usucapient jene spes dominii auf seine Erben überträgt; aber wie dort zum wirklichen Erwerb der Forderung durch den Erben das Eintreten der festgesetzten Bedingung gehört, ebenso gehört hier eigentlich zum Erwerb des Eigenthums durch den Erben Fortsetzung des Besitzes den noch übrigen Theil der Usucapionszeit hindurch. Diese Besitzfortsetzung setzt aber selbstständigen Besitzerwerb des Erben voraus, da die Thatsache des Besitzes nicht vererben kann; die Vererbung der in der conditio usucapiendi enthaltenen spes dominii hat zunächst für den Erben nur den Vortheil, daß sein Besitz als Fortsetzung der possessio des Erblassers gilt.

Hiernach sollte es in der That scheinen, als könnte die Frage, von der es sich hier handelt, überhaupt gar nicht aufgeworfen werden. Daß sie gleichwohl nicht nur möglich,

---

76) §. 4 I. de V. O. (3, 15): ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si priusquam conditio existat, mors nobis contigerit.

sondern sogar unvermeidlich ist, beruht darauf, daß es, wie wir oben gesehen haben, ein feststehender, allerdings singulärer Rechtssatz des Römischen Rechts ist, es sei dem Erben auch die Zeit reiner Besitzlosigkeit anzurechnen, welche auf die Besitzzeit des Verstorbenen gefolgt sei:

L. 31 §. 5 D. de usurp. (41, 3) Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem procedit.

Dies heißt doch unläugbar nichts anderes, als: der durch den Usucapionsbesitz des Erblassers gelegte Keim eines werdenden Eigenthums setzt die Thätigkeit des Reifens fort auch in diesem vacuum tempus, was eben seine Erklärung darin findet, daß die vermögensrechtliche Persönlichkeit, die jenem Keim so zu sagen bisher Nahrung gab, als in der hereditas fortdauernd und fortwirkend gedacht wird. Es ist sehr bemerkenswerth, daß die eben angeführte Stelle ausdrücklich sagt, nicht nur das vacuum tempus vor, sondern auch nach dem Antritt der Erbschaft komme dem Erben zu gut. Hierin liegt eine neue sehr wichtige Bestätigung dafür, daß die Fiktion der Fortdauer jener Persönlichkeit durch den Antritt nicht aufgehoben wird, da sonst offenbar das vacuum tempus, quod post aditam hereditatem intercessit, dem Erben nicht zu gut kommen könnte, indem — um bei unserem Bilde zu bleiben —, jener Keim des werdenden Eigenthums die Kraft fortgehenden Reifens aus der Persönlichkeit des Erben nicht eher schöpfen kann, als bis dieser in den Besitz der Sache gekommen ist. Fließt ihm nun aber diese Kraft aus der auch nach dem Antritt immer noch in der Erbschaft fortbestehenden und in ihr wirksam werdenden vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers, so ist nicht abzusehen, warum er mittelst derselben blos in seiner Entwicklung fortschreiten und nicht ebensowohl auch zur gänzlichen Reife sollte gelangen können, oder, um ohne Bild zu sprechen, warum das vacuum tempus dem Erben nur zur Fortsetzung, nicht auch zur Vol-

lendung der Usucapion gereichen sollte. Aus inneren Gründen ist also gewiß unsere Frage zu verneinen: Der Erbe braucht nicht nothwendig Besitz zu erwerben, um durch Usucapion Eigenthümer einer Sache zu werden, deren Usucapion der Erblasser blos angefangen hatte.

Eben dieses aber, wozu wir nun auf dem Wege selbstständiger Erörterung gelangt sind, finden wir einfach und bestimmt ausgesprochen in

L. 6 §. 2 D. pro emtore (41, 4): Post mortem ejus, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen ejus; sed ita hoc, si nemo eum possedisset.

Daß dieser Stelle L. 13 §. 4 D. de adqu. poss. (41, 2) vermöge ihrer ursprünglichen Bedeutung nicht im Weg stehe, wornach sie sich blos auf die accessio temporis beim interdictum utrubi bezieht, ist schon längst nachgewiesen worden [77]; man hat aber versäumt, dabei auch die Frage aufzuwerfen und zu beantworten, ob sie denn nicht doch als Bestandtheil der Pandekten, in welchen sie unmöglich auf das interdictum utrubi bezogen werden kann, in einem der L. 6 §. 2 pro emt. widersprechenden Sinne verstanden werden müsse?

In dieser Beziehung ist entscheidend, daß Ulpian die Frage, welche er verneint, in folgender Fassung vorträgt:

„Quaesitum est, si heres prius non possederat, an „testatoris possessio ei accedat?"

Denn wir haben gesehen, daß bei der successio heredis in usucapionem es sich um eine Uebertragung der spes dominii auf den Erben und um ein Fortwirken des Usucapionsanfangs bei zwar nicht eigentlich unterbrochenem, aber doch auch nicht

77) Vangerow Pandekten §. 322. Anm. 2. N. 1. Jhering a. a. O. S. 253 ff.

wirklich fortdauerndem Besitze handelt. Hiernach aber läßt sich der Ausdruck „testatoris possessio accedit" schlechterdings mit jener zu Gunsten des Erben eintretenden Vollendung der Usucapion nicht in Verbindung bringen. Die L. 13 §. 4. cit. darf also jedenfalls nicht hierauf, sondern muß, wenn sie im Justinianischen Recht überhaupt noch einen Sinn haben soll, lediglich auf die Verjährung von Klagen gegen den Besitzer als solchen bezogen werden.

Die Puchtaische Modifikation des Satzes, daß Besitzerwerb des Erben zur Vollendung einer vom Erblasser angefangenen Usucapion nicht durchaus nothwendig ist, wornach dies davon abhängen soll, ob die Sache in der Detention eines Repräsentanten sei[78]), stellt sich nach dem Bisherigen jedenfalls als eine solche dar, die nicht auf innerer Nothwendigkeit beruht. Daß sie aber auch auf L. 30 §. 5 D. de poss. (41, 2), die Puchta dafür anführt, nicht gestützt werden könne, hat Jhering, wie mir scheint, so überzeugend dargethan[79]), daß ich mich hier gern damit begnüge, auf ihn zu verweisen.

78) Pandekten §. 156. l.

79) A. a. O. S. 257 ff.

II.

Usucapio pro herede und in jure cessio hereditatis.

Es ist nicht meine Absicht, hier eine vollständige Darstellung und Geschichte der beiden in der Ueberschrift genannten Rechtsgebilde zu geben; ich bitte vielmehr den geneigten Leser, diese Abhandlung nur wie eine Anmerkung zu der vorigen zu betrachten, die blos um ihres größeren Umfangs willen in dieser Weise davon auszuscheiden war.

Ich will nämlich zunächst nur erläutern, warum sich nach meiner Ueberzeugung von jenen beiden Rechtsgebilden weder für eine Untersuchung über das juristische Wesen der Erbschaft förderlicher Gebrauch machen, noch gegen Ergebnisse einer solchen ein haltbarer Einwand hernehmen läßt.

Ich gründe diese beiden Behauptungen darauf, daß die usucapio pro herede, wie die in jure cessio hereditatis ihrem Ursprung und ihrer eigentlichen Bedeutung nach einer noch ziemlich niedrigen Entwicklungsstufe des Römischen Rechts angehören und eben deshalb im ausgebildeten Organismus desselben durchaus als absterbende Abnormitäten anzusehen sind, daher ich auch die Ansicht Puchta's, als sei die in jure cessio hereditatis nondum aditae, wenn auch nicht ihrer Form, so doch ihrem Gehalte nach, noch ein lebendiger Bestandtheil des Justinianischen, ja selbst des heutigen Rechts, für einen entschiedenen Irrthum halte.

Es ist ein Grundgedanke, auf welchem die usucapio pro herede und die in jure cessio hereditatis nondum acquisitae beruhen:

Wenn weder ein durch Testament, noch ein durch Gesetze berufener Erbe sich der Erbschaft annehmen will, so kann Jeder Erbe werden, der sich selbst dazu machen oder von dem Berufenen dazu machen lassen will.

Zögert der durch Testament berufene Erbe, die Erbschaft anzutreten und Besitz von derselben zu ergreifen, so ist der gesetzliche Intestaterbe, gleich ihm aber auch jeder Dritte, der Erbe des Verstorbenen werden will, berechtigt, die Erbschaft in Besitz zu nehmen und durch fortgesetzten Besitz zu erwerben, er kann hereditatem pro herede (d. h. mit dem Willen, Erbe zu werden[1])) possidere et usucapere. Eben so kann dieses jeder Dritte, wenn der gesetzliche Erbe sich der Erbschaft durch Antretung oder wenigstens durch Besitzergreifung nicht annehmen mag. Vindicirt irgend Jemand, der Erbe werden will, die Erbschaft von dem legitimus heres, der es nicht werden will, und unterläßt dieser, um Jenen zum Erben zu machen, die contravindicatio, so wird der Vindicant sofort Erbe, als wenn ihm die Erbschaft durch das Gesetz deferirt wäre:

„— si is, ad quem ab intestato legitimo jure „pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditio„nem cedat, id est antequam heres exstiterit, „perinde fit heres is, cui in jure cessa erit, ac si „ipse per legem ad hereditatem vocatus esset[2]).“

Daß der testamentarische Erbe die hereditas nondum adita nicht durch in jure cessio übertragen kann, will man daraus erklären, daß er den Willen des Testators ändern würde[3]).

1) Vgl. Huschke in der Zeitschrift f. g. Rtsw. (über die usucapio pro herede) XIV. S. 166.

2) Gaj. II. §. 35. III. §. 85.

3) Puchta Institutionen Bd. 3. §. 813. (2te Ausg. S. 256).

Allein warum sollte es zulässiger sein, den Willen des populus (die lex publica) zu ändern, was doch der legitimus durch die in jure cessio hereditatis delatae thut, als den Willen eines einzelnen Testators? Der wahre Grund liegt darin, daß in legitimis hereditatibus successio non est, d. h. daß bei der alten gesetzlichen Berufung zur Erbfolge keine Erneuerung derselben, wenn sie von dem Nächstberufenen nicht angenommen wird, eintritt, während dagegen der legitimus heres allerdings berufen wird, wenn der testamentarische Erbe ausgeschlagen hat[4]). Es ist also zwar durch die in jure cessio des legitimus, nicht aber auch durch die des testamentarius heres jede weitere hereditatis petitio gegen den Vindicanten ausgeschlossen; wenn nur der testamentarische Erbe durch in jure cessio auf die ihm deferirte Erbschaft zu Gunsten eines Dritten verzichtet, so könnte sie immer noch der legitimus heres antreten und von dem, welchem sie Jener cedirt hätte, vindiciren.

Nach dem Antritt kann auch der legitimus heres durch in jure cessio hereditatis einen Andern nicht zum Erben machen, weil sich Niemand willkührlich von Verbindlichkeiten entledigen oder sie auf Andere übertragen kann, der antretende Erbe aber in die Verbindlichkeiten des Erblassers eingetreten ist und auch, wenn der Erblasser ihm Vermächtnisse auferlegte, neue eingegangen hat[5]). Jetzt kann also die in jure cessio hereditatis nicht als eine Uebertragung der hereditas d. h. des Erbrechts, sondern nur der einzelnen res hereditariae aufgefaßt werden. Sie bewirkt für den

4) Das Gegentheil hat Leist (Bonorum possessio Bd. 1. S. 111 ff.) vergeblich zu beweisen versucht.

5) Darum schreibt Gajus II. §. 35 und 36 mit gutem Bedacht post obligationem, was man ja nicht durch vermeintliche Emendation in post aditionem darf verändern wollen. Vgl. Huschke Studien S. 231 ff.

Vindicanten nun keine Universalsuccession, sondern nur eine acquisitio per universitatem, welche nichts ist, als eine durch einen Akt bewirkte Mehrzahl von Singularsuccessionen. Die Verbindlichkeiten des cedirenden Erben bleiben an seiner Person haften. Ebenso, sollte man denken, blieben ihm auch die erbschaftlichen Forderungen, die ja nun einmal durch den Antritt die seinigen geworden sind.

Gajus[6]) und Ulpian[7]) aber lehren uns: sie giengen unter und die Erbschaftsschuldner machten also durch eine solche in jure cessio einen reinen Gewinn („debita pereunt, i. e. debitores defuncti liberantur“, — „debitores hereditarii lucrum faciunt“). Dies erklärt sich daraus, daß der Erbe durch die in jure cessio sich feierlich aller seiner Rechte als Erbe begeben hat. Hätte er bei einem wirklichen Rechtsstreit eine confessio in jure abgelegt, so könnten sich darauf Dritte nicht berufen. Aber die in jure cessio ist gegen jeden Dritten wirksam; so gut sie die Eigenthumsrechte des Erben nicht blos dem gegenüber, welchem er in jure cedirt hat, sondern überhaupt aufhebt, ebenso zerstört sie auch seine als Erben ihm zustehenden Forderungen ipso jure.

Dagegen konnte durch die usucapio pro herede in ihrer ältern oben dargestellten Bedeutung auch eine bereits erworbene Erbschaft dem Erben wieder verloren gehen und an den Usucapienten durch einjährigen Besitz kommen, wenn nur dieser dem Erben in der Besitzergreifung zuvorgekommen war, weil darin keine direkte willkührliche Entledigung vom Erbrechte und von den darin enthaltenen Verbindlichkeiten auf Seiten des Erben lag, und doch die von demselben unterlassene Besitzergreifung schließen ließ, daß es ihm mit dem Antritt der Erbschaft nicht Ernst sei. Gegenüber von sui et

6) II. §. 35. III. §. 85.
7) XIX. §. 14.

necessarii heredes aber sollten weder durch usucapio pro herede, noch durch in jure cessio, wenigstens nach der Lehre der an den hergebrachten Meinungen festhaltenden Sabinianer, hereditates oder auch nur einzelne res hereditariae erworben werden können[8]), weil bei solchen Erben der Wille, der Erbschaft irgendwie sich zu entschlagen, nach dem jus civile durchaus unwirksam ist.

Man sieht wohl, das Recht der alten usucapio pro herede und der in jure cessio hereditatis gewinnt einen ganz befriedigenden und verständlichen Zusammenhang, wenn es im Lichte des Gedankens betrachtet wird, der von uns oben als der Grundgedanke dieser beiden Rechtsinstitute bezeichnet wurde.

Aber dieser Gedanke selbst ist dem wahren Wesen der Erbschaft und der Erbfolge nicht entsprechend.

Das Vermögen eines Verstorbenen ist keine Sache; es ist nicht ein Objekt, das an und für sich die Bestimmung in sich trägt, dem rechtlichen Willen einer Person unterworfen zu werden, so daß es nur darauf ankäme, wer zuerst den Willen faßt, es an sich zu bringen und diesen Willen eigenmächtig oder mit Hülfe eines zum Erwerb wirklich Berufenen zu verwirklichen vermag. Das Herrschaftsverhältniß des Verstorbenen zu seinem Vermögen soll fortgesetzt werden, aber nur von dem, welchen ein höherer Wille, der Wille der lex publica oder der Wille des Verstorbenen selbst dazu beruft. Dies hat auch offenbar das Römische Rechtsbewußtsein von jeher anerkannt. Die Bestimmungen des Gesetzes hierüber erschienen aber dem sich entwickelnden Volksbewußtsein schon frühzeitig als zu eng; sie ließen der Möglichkeit, daß der Nachlaß eines Verstorbenen erblos bleibe, zu viel Raum; die unbeschränkte Freiheit der durch Gesetz oder Testament

8) Gaj. II. §. 37. III. §. 87. L. 2. C. de usuc. pro herede (7, 29).

berufenen Erben, ihre Entscheidung, ob sie der Erbschaft sich wirklich annehmen wollten, oder nicht, beliebig aufzuschieben, wurde den Erbschaftsgläubigern und — wegen der sacra privata — den Pontifices zu lästig.

Das Hauptmittel, wodurch in jener Zeit eine solche Erweiterung des Volksbewußtseins, ein solches Gefühl der Nothwendigkeit, das Recht den praktischen Bedürfnissen der Gegenwart anzupassen, sich geltend machen konnte, war die interpretatio prudentium[9]). Sie zeigte sich auch hier thätig, in der zwar nicht kunstlosen, aber doch verhältnißmäßig rohen Weise, wie sie Cicero in jener bekannten Stelle der Rede pro Muraena verspottet. Sie erklärte die usucapio und in jure cessio für anwendbar auf die hereditas in der oben dargestellten Weise.

Was die interpretatio prudentium und ihre compositio actionum früher auf unvollkommene Weise für die Fortbildung des Rechts in jener Richtung geleistet hatte, das leistete später mit einem viel größeren Maaße von Freiheit, Feinheit und Erfolg das prätorische Edikt: im Erbrecht durch das successorium edictum, durch die bonorum possessio.

Die usucapio pro herede und die in jure cessio hereditatis (nondum aditae) wurden dadurch entbehrlich. Aber nie hat im Römischen Recht die Entbehrlichkeit eines Rechtsinstituts es unmittelbar aus dem Leben verdrängt. Man behielt auch diese Institute bei, aber nur, indem man sie absterben ließ. Man verstand die usucapio pro herede in der dritten Periode anders, als man sie früher verstanden hatte, man ließ sie nur gelten als Eigenthumserwerb einzelner Erbschaftssachen, als Antrieb für den Erben, bald anzutreten und Besitz zu ergreifen; aber Hadrian entzog ihr selbst in dieser Beschränkung die Kraft, von der hereditatis petitio zu befreien. Das Justinianische Recht kennt nur

9) Vgl. L. 2 §. 5. 6 D. de O. J. (8, 2).

noch eine usucapio pro herede, die mit jener alten gar keinen Zusammenhang mehr hat.

Von festerer Dauer war die in jure cessio hereditatis, deren Recht noch Ulpian wohl ganz ebenso vorträgt, wie es zu Ciceros Zeit mag vorgetragen worden sein. Es ist auch weniger anstößig, daß der berufene Erbe sein Recht, die Erbschaft zu erwerben, auf einen Andern übertragen, als daß Jemand dies Recht sich selbst nehmen und auf Grund eigenmächtiger Besitzergreifung ersitzen könne[10]).

Das aber muß ich doch entschieden widersprechen, daß die in jure cessio hereditatis delatae der ratio juris gemäß sei, daß sie in das System des Rechts wirklich passe. Um dies einzusehen, genügt, wie mir scheint, auch wenn man den dafür oben schon angedeuteten Grund nicht anerkennen wollte, vollkommen, daß man sich an die Unvererblichkeit des Rechts, eine Erbschaft anzutreten, erinnert. Die Erbfolge ergreift mit Nothwendigkeit alle Vermögensrechte, welche nur immer vermöge ihres Wesens des Uebergangs an Andre fähig sind. Daß ein Recht an die Erben nicht übergeht, ist ein sicheres Kennzeichen, daß es überhaupt nicht die Fähigkeit und Bestimmung hat, sein Subjekt zu wechseln, daß ein Rechtssatz, der es in irgend einer Form für willkührlich übertragbar inter vivos erklärt, ein abnormer ist.

Gewiß hat daher das gänzliche Stillschweigen, womit Justinians Rechtsbücher die Frage übergehen, ob eine „Veräußerung der Delation" möglich sei, einen ganz an-

10) Uebrigens ist einleuchtend, daß diese usucapio pro herede erst dann als eine improba erscheinen konnte, wie Gajus sie nennt, als das von uns oben nachgewiesene Rechtsprincip dem Rechtsbewußtsein der Römer fremd geworden war. Eine lucrativa usucapio war sie freilich von jeher; aber in vielen, ja wohl den meisten Fällen in keinem andern Sinn, als späterhin die usucapio pro herede der prätorischen Erben.

deren Grund, als die bloße „äußere Verbindung" jener alten Veräußerung des Rechts, Erbe zu werden, „mit der in jure cessio", wie Puchta meint[11]). Die Verfasser der Institutionen, welche so eifrig bedacht waren, zu beweisen, daß es noch immer eine litterarum obligatio gebe, würden die zwei großen Stellen des Gajus von der in jure cessio hereditatis gewiß nicht ganz und gar gestrichen haben, wenn dieselbe nicht wirklich völlig und ihrem inneren Wesen nach abgestorben gewesen wäre. Man kann eher umgekehrt sagen: die äußere Verbindung mit der in jure cessio erhielt jener Veräußerung des Rechts Erbe zu werden, ein Scheinleben, nachdem sie bereits aufgehört hatte, einem wirklichen Bedürfniß zu entsprechen; eben darum bedurfte es nur des Verschwindens der in jure cessio überhaupt, um jeden Gedanken daran zu vertilgen, daß der berufene Erbe sein Recht, die Erbschaft anzutreten, willkührlich auf einen Andern übertragen könne. Und wir haben gewiß nicht Ursache, diesen Gedanken in das heutige Recht von Neuem wieder einführen zu wollen.

11) Pandekten §. 504.

III.

Begründung von Obligationen für die Erben.

Auch die hier folgende Erörterung ist nur als ein Ausläufer der ersten Abhandlung zu betrachten, veranlaßt durch das mir erst während des Drucks derselben zu Gesicht gekommene Werk Buchkas: „Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen", dessen §. 8 mich aufforderte, diese oben S. 44 f. nur berührte Materie noch einer genaueren Erwägung zu unterziehen.

Der von Justinian in der L. un. C. ut act. ab hered. (4, 11) aufgehobene Grundsatz, daß Obligationen nicht für die Erben begründet werden können, wurde nach dem Zeugniß des Kaisers von den alten Juristen aufgestellt mit Rücksicht auf Stipulationen und sonstige Rechtsgeschäfte, welche ausdrücklich die Zeitbestimmung: „nach dem Tode" (des stipulator oder promissor) enthielten:

> Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes, veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum.

Dieses Zeugniß aber bestätigt uns nun Gajus, indem er (III. §. 100) der Bemerkung: inutilis est stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? als Grund beifügt: nam inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem.

Und doch will, genau besehen, dieser Satz eben auf die stipulatio post mortem gar nicht passen. „Post mortem“ ist ja eine wahre Zeitbestimmung, ein Anfangstermin, von dem es nur ungewiß ist, wann, nicht aber ob er eintrete. Durch Beifügung einer solchen Zeitbestimmung wird aber nicht die Entstehung der Obligatio, sondern nur die Möglichkeit ihrer Geltendmachung aufgeschoben:

L. 213 D. de V. S. (50, 16): Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. — Ubi in diem (quis stipulatus fuerit) cessit dies, sed nondum venit.

Hier ist es ja so bestimmt als möglich gesagt, wer in diem stipulirt, fängt sofort an, Gläubiger zu werden; wie kann man also sagen: wenn Jemand post mortem stipulirt, so würde die obligatio erst anfangen in der Person seines Erben?

Allein jene alten Juristen hatten doch Recht. Sich etwas versprechen lassen, oder etwas versprechen post mortem ist keine wahre Zeitbestimmung, wenn man, und das thaten sie eben hier, von der Identität der hereditas mit dem Erblasser absieht. Zum Wesen der wahren Zeitbestimmung gehört es, Selbstbeschränkung des Willens zu sein; post mortem stipulari oder promittere ist aber nicht eine Selbstbeschränkung, sondern eine Selbstvernichtung des Willens. „Ich will nach meinem Tode geben“ heißt nicht: „ich will geben, aber erst nach einiger Zeit“, sondern es heißt: „ich will nicht geben“; denn nach meinem Tode kann ich nicht geben. Und eben so heißt „ich will dir nach deinem Tode geben“: „ich will dir nicht geben“[1]). Und eben deshalb wird diesen Stipu-

---

1) Wesentlich übereinstimmend mit dieser Auffassung des eigentlichen Grundes der Ungültigkeit einer stipulatio post mortem ist auch die,

lationen ganz gleich gestellt die Stipulation: pridie quam moriar, oder pridie quam morieris, dari spondes? Denn auch dadurch wird in der That nichts versprochen:

> quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit: rursus morte secuta, in praeteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est: heredi meo dari spondes? quae sane inutilis est.

Mit diesen letzten Worten spricht Gajus die eigentliche Meinung der alten Juristen aus: alle diese Stipulationen müßten, um einen vernünftigen Sinn zu haben, eigentlich ganz anders gefaßt werden, so nämlich daß der Stipulator oder Promissor sich gar nicht den Anschein gäbe, als wollte er den Andern sich oder sich dem Andern zu etwas verpflichten, sondern geradezu das Versprechen für die Erben forderte oder leistete; wenigstens müßten jene Stipulationen so verstanden werden; dann aber kann man auch mit Recht von ihnen sagen: sie wollen Obligationen begründen, die nicht in der Person des Stipulator oder Promissor, sondern erst in der seines Erben ihren Anfang nehmen sollen.

Konsequenz liegt also in dieser Ansicht der alten Juristen allerdings; aber eben, wie schon bemerkt worden ist, nur dann, wenn man von der Identität des Erblassers und der Erbschaft absieht. Und da diese eben doch sonst im Römischen Recht — wenn auch unbewußt — anerkannt war, so ist die Lehre der alten Juristen, daß der Erblasser keine Obligationen für seine Erben begründen könne, im Grunde doch eine Inkonsequenz. Denn eigentlich muß man alle solche Rechtsgeschäfte so ansehen, daß der Erblasser die

---

welche sich bei Donellus Comment. de J. C. l. XII. c. XVII. §. 12. und Savigny System III. §. 126 findet.

Obligatio für seine eigene vermögensrechtliche Persönlichkeit begründet, die durch seinen Tod nicht untergeht, sondern in der hereditas und mit derselben im Erben fortbesteht, daß er also sich selbst unmittelbar zum Gläubiger oder Schuldner macht, nur so, daß die Obligatio erst von seinem Erben oder gegen ihn geltend gemacht werden kann. Ist aber dies die richtige Gedankenfolge, so ist nicht abzusehen, warum eine Zeitbestimmung, die mit den Worten: post mortem ausgedrückt wird, weniger statthaft sein soll, als die Zeitbestimmung: „nach zwanzig Jahren". Auch diese wird ja häufig den Erfolg haben, daß erst der Erbe fordern, oder von ihm gefordert werden kann.

Es hatte aber jene Regel: ex heredis persona incipere obligatio non potest auch gar keine allgemeine Gültigkeit, und zwar ihrem Wortlaut nach nicht einmal für Stipulationsobligationen. Denn wenn der Erblasser etwas stipulirt oder promittirt hat unter einer Bedingung, so wird ja sein Erbe auch berechtigt oder verpflichtet, wenn die Bedingung erst nach seinem Tode eintritt. Hier hat aber dann die Obligatio nicht in der Person des Erblassers begonnen; denn vor dem Eintritt der Bedingung einer Stipulation ist man noch nicht Gläubiger oder Schuldner; es besteht nur eine spes debitum iri, die auf den Erben übertragen wird[2]), man muß also eigentlich sagen: incipit obligatio ex persona heredis. Aber freilich läßt sich einwenden: es ist hier doch nur Zufall, wenn die Obligatio nicht in der Person des Erblassers beginnt; der Erblasser hat doch wirklich sich selbst schon, oder der Promissor sich ihm selbst gebunden, wenn er auch zufällig nicht selbst eigentlicher Schuldner oder Gläubiger geworden ist.

Dagegen war die Regel entschieden ohne Kraft selbst zu Gajus Zeit schon im Bereiche der bonae fidei negotia.

---

2) §. 4. J. de V. O. (3, 15) S. oben S. 90.

Dies ergibt sich mit Bestimmtheit aus folgender Stelle des Gajus (III. §. 117):

adstipulatorem fere tunc solum adhibemus, quum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: quod stipulando nihil agimus. adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati judicio heredi nostro tenetur.

Dieses Mandat kann unmöglich anders gedacht werden, als so, daß der Adstipulator die von ihm abstipulirte Summe nach dem Tod des Mandanten einklagen und dessen Erben herausgeben soll. Es wird also dadurch eine obligatio begründet, durch welche keinerlei Berechtigung für den Mandanten, sondern nur für seine Erben begründet wird, eine obligatio, quae incipit ex persona heredis, oder doch eine obligatio nicht für die natürliche, mit dem Tode untergehende Person des Mandanten, sondern nur für seine vermögensrechtliche Persönlichkeit, welche nach seinem Tod in seine Erben übergeht, auf welche bezogen aber auch die stipulatio post mortem gültig sein müßte. Daß aber jenes mandatum post mortem gültig sei, ja mit einer Klage von den Erben geltend gemacht werden könne, behandelt Gajus als einen unzweifelhaften Rechtssatz nicht nur hier, sondern auch an andern Stellen und mit ihm Marcell und Ulpian:

L. 12 §. 17 D. mandati 17, 1 (Ulpian. l. XXXI. ad Ed.) Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere.

L. 13. D. eod. (Gajus l. X. ad Ed. prov.) Idem est, et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum [3]).

---

3) Vgl. L. 27 §. 1 eod. (Gajus): Si servum ea lege tibi

Man ist geneigt, das mandatum post mortem als eine besondere Singularität anzusehen, weil das Mandat durch den Tod des Mandanten (oder des Mandatars) erlischt. Allein dieser Satz hat seinen Grund darin, daß, da mandatum originem ex officio atque amicitia trahit[4]), also mehr ein Band zwischen den natürlichen Individuen, als zwischen den vermögensrechtlichen Persönlichkeiten ist, präsumirt werden muß, der Auftrag zu einer beim Leben des Mandanten zu vollziehenden Handlung sei so zu verstehen, daß er nur vom Individuum zum Individuum gehe. Dagegen der Auftrag einer gerade erst nach dem Tode des Auftraggebers gewollten Handlung läßt durch diesen seinen Inhalt erkennen, daß dieses Mandat nach der Intention der Parteien durch den Tod des Mandanten nicht erlöschen, sondern für die Erben des Mandanten fortdauern soll. Man kann wohl sagen: das Erlöschen des Mandats durch den Tod gehört zu den naturalia, nicht aber zu den essentialia dieses Geschäfts.

Konnte nun aber durch das Mandat schon im ältern Recht eine Obligatio für den Erben begründet werden, so konnte es ohne Zweifel auch durch andere bonae fidei negotia geschehen. Wenn z. B. nach L. 13 cit. durch ein Mandat, dem Erben etwas einzukaufen, diesem eine Klage auf Erfüllung dieses Vertrags verschafft werden konnte, so ist nicht abzusehen, warum nicht eben so gut ein Kaufvertrag gültig gewesen sein sollte, durch welchen ausgemacht wurde: meine Erben werden mein Wohnhaus dem A um die und die Geldsumme käuflich überlassen. Vielleicht konnten nicht blos bonae fidei negotia, sondern alle contractus

---

tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, consistit obligatio.

4) L. 1. §. 4 D. mandati.

juris gentium[5]) in dieser Weise post mortem, also für die Erben abgeschlossen werden. Es mag nur in der Wirklichkeit deshalb selten geschehen sein, weil sich (abgesehen vom Mandat) derselbe Erfolg durch unbeschränkte Abschließung des Vertrags und Beifügung eines pactum, ne vivus petat, oder ne a vivo petatur eben so sicher und auf eine ganz unanstößige Weise erreichen ließ.

Daß an sich die Zeitbestimmung post mortem nur bei civilia negotia als unstatthaft galt, beweist auch, daß sie nur Legate, nicht aber auch Fideicommisse ungültig machte. In Beziehung auf Legate schreibt Gajus (II. §. 232):

> Post mortem quoque heredis inutiliter legatur; i. e. hoc modo: quum heres meus mortuus erit, do, lego; aut: dato. — — Rursum ita non potest legari: pridie quam heres meus morietur. quod non pretiosa ratione receptum videtur.

Das Wesen des Legats besteht darin, daß es eine delibatio hereditatis ist, d. h. den Gegenstand des Erbrechts beschränkt. Daraus folgt, daß der Testator es nur einer Person auferlegen kann, die er zu seinem Erben macht. Durch das legatum post mortem heredis erlegt er seinem Erben nichts auf, sondern nur dessen Erben; ein solches Legat konnte daher als dem Begriff des Legats widersprechend erscheinen[6]). Dagegen hat Gajus ganz recht, daß hier die Gleichstellung des pridie quam heres meus morietur mit post mortem heredis grundlos ist; denn bei

5) Die Stipulation ist nicht ihrem Ursprung nach, sondern nur hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf Peregrinen ein contractus juris gentium.

6) So sagt auch Ulpian (XXIV §. 16): Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur. Vgl. Paul. III. 6 §. 5.

jener Ausdrucksweise trifft die Vermögensverminderung entschieden den vom Testator eingesetzten Erben selbst.

Doch ist überhaupt die Konsequenz auch dieser alten Rechtsansicht nur scheinbar. Sie würde nur dann wahr sein, wenn der Erbeserbe nicht ebensowohl Erbe des Testators wäre, als der Erbe selbst. Mit dem so einfachen und einleuchtenden Satze der L. 7 §. 2 D. de acqu. hered. (29, 2):

„In omni successione, qui ei heres exstitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse"

kann eigentlich die Ungültigkeit des legatum post mortem heredis nicht bestehen. Allein sie stand einmal für Legate durch eine alte Rechtsregel fest. Nichts aber hinderte, der gewonnenen besseren Erkenntniß bei Fideicommissen Raum zu geben:

„post mortem quoque heredis fideicommissum
„dari potest"

schreibt Gajus II. §. 277.

Justinian hat also durch seine beiden, diese Zeitbestimmung post mortem und die allgemeine Regel, daß obligationes incipere non possunt ex persona heredis betreffenden Gesetze von 528 und 531 L. 11 C. de contr. stip. (8, 38) und L. un. C. ut act. ab hered. (4, 11) keineswegs neuerfundene Rechtssätze aufgestellt, sondern auch durch sie nur dem jus gentium zum völligen Durchbruch dem jus civile gegenüber verholfen, und die Befreiung des Rechts von einer beschränkten Ansicht der alten Juristen, die sich selbst überlebt hatte, vollendet.

Indem man aber in der L. un. C. ut act. ab hered. einen ganz neuen Rechtssatz zu erblicken meinte, hat man auch den wahren Sinn dieses Gesetzes zum Theil sehr mißverstanden, wie mir scheint. Man faßt es nämlich so auf, als wenn nun der Erblasser seinen Erben ganz willkührlich durch Verträge mit Dritten Forderungen erwerben oder Ver-

bindlichkeiten auferlegen könnte, die außer aller Beziehung zu seiner eigenen Person stehen, blos weil sie eben seine Erben seien. Daraus folgert man denn, daß er auch immer ganz willkührlich die Begründung einer solchen Obligatio auf einen einzelnen Erben beschränken, diesen allein mit Ausschließung der andern zum Gläubiger oder Schuldner machen könne.

Dies halte ich für einen entschiedenen Irrthum. Justinian wollte nichts Anderes festsetzen, als daß bei Rechtsgeschäften aller Art der Statthaftigkeit der Zeitbestimmung post mortem kein Hinderniß mehr im We stehe, daß man sich namentlich dagegen auch auf die alte Regel für civilia negotia: obligatio incipere non potest ex persona heredis nicht mehr berufen dürfe. Dies ergibt sich deutlich aus dem ganzen Zusammenhang der L. un. C. cit.:

> Quum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat, etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes, veteres non concedebant, contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam de medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam solemnitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.

Ein weniger schulmeisterlicher Gesetzgeber als Justinian, würde sich damit begnügt haben, durch die L. 11 C. de contrah. stip. festgesetzt zu haben, die Zeitbestimmung post mortem sei fortan durchweg als gültig zu be=

handeln. Justinian aber hält es für seinen Beruf, als Gesetzgeber fortwährend mit den alten Rechtslehrern Krieg zu führen. Er muß den Sieg, welchen er durch jenes Gesetz sich über sie verschafft hat, weiter verfolgen, und auch die Rechtsregel, worauf sie sich bei der von ihm gemißbilligten Verwerfung der negotia post mortem composita gestützt hatten, mit Stumpf und Stiel ausrotten. Dies thut er hier mit allem Aufwand seiner gesetzgeberischen Gewalt, ohne darum etwas mehr erzielen zu wollen, als die volle Sicherung der Rechtswirksamkeit von Geschäften mit der Zeitbestimmung post mortem. Justinian sagt uns dieses sogar zum Ueberfluß selbst geradezu in §. 13 J. de inutil. stipul. (3, 19)[7]). Und es ist auch nur in diesem Sinne der Rechtssatz, daß der Erblasser durch Verträge Obligationen für seine Erben begründen könne, juristisch zu rechtfertigen. Nur in sofern kann man einen Kaufvertrag, wie den oben beispielsweise angeführten: „meine Erben „werden dir mein Wohnhaus um so und so viel käuflich „überlassen" für einen juristisch vernünftigen ansehen, als sich der Sinn desselben so auffassen läßt: ich verkaufe dir mein Haus für so und so viel mit der Bestimmung, daß erst meine Erben es dir zu übergeben und du erst nach meinem Tod den Kaufpreis an sie zu zahlen hast. Ein Kaufvertrag des Erblassers mit einem Dritten für den Erben, der nur diesen und den Dritten ihm gegenüber bände, zwischem dem Erblasser und dem Dritten aber noch gar kein juris vinculum knüpfte, wäre juristisch undenkbar. Es ist also auch nach dem neuesten Recht bei solcher Begründung

7) „placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam „inducere emendationem, ut sive post mortem, sive pridie quam „morietur stipulator vel promissor, stipulatio concepta est, valeat „stipulatio." Würde es Justinian hier verschwiegen haben, wenn seine L. un. C. ut actiones ab hered. noch etwas Besonderes außerdem neu eingeführt hätte?

einer Obligatio für den Erben eigentliches Obligationssubject keineswegs der Erbe als er selbst d. h. im Gegensatze des Erblassers, sondern die eigene vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, und der Erbe nur als Repräsentant derselben. Eben diese Repräsentation seiner Person durch die Erben kann nun aber der Erblasser nie willkührlich auf einen einzelnen Erben beschränken. Die nothwendige Vertheilung der Repräsentation unter die Miterben nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile ist juris publici, quod privatorum pactis mutari non potest. Es versteht sich dieses ganz von selbst, wird aber zum Ueberflusse auch noch ausdrücklich bestätigt durch L. 56 §. 1 D. de V. O.:

> Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacua comprehensa est; sive enim solus heres exstiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes ejus, obligabitur; et quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede, quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus ejus erit[8]).

Nach der von mir bekämpften Meinung wäre es z. B. möglich, daß wenn A den B, den C und den D zu seinen Erben eingesetzt hätte, er ein Schenkungsversprechen des X, 300 fl. nach dem Tode des A dem B zu geben, mit der Wirkung acceptiren könnte, daß B, sobald er wirklich sein Erbe geworden wäre, die 300 fl. von dem X einklagen könnte. Ich kann mir aber die rechtliche Möglichkeit eines solchen Vertrags zwischen A und X nur so denken, daß X dem A verspricht, seinen Erben 300 fl. zu geben, so zwar, daß dann B, C und D Jeder 100 fl. von dieser Summe zu fordern haben. Läßt sich A von X die 300 fl. für seinen Erben B allein versprechen, so läßt er sie sich versprechen

8) Vgl. L. 137 §. 8 D. eod.

für einen Dritten, der zufälligerweise sein Erbe zu einem Drittel sein wird. Dies muß eben so ungültig sein, als wenn er sich das Versprechen für irgend einen andern Dritten leisten läßt. Nur für Dritte als seine Erben kann er es sich leisten lassen, dann aber auch nothwendig für sie alle, und zwar für jeden zu seinem Erbtheil.

Buchka hält es (nach dem Zusammenhang dessen, was er a. a. O. S. 78 sagt) namentlich für nothwendig, daß wenn der Erblasser von dem Dritten ein Darlehen empfängt, und mit dem Gläubiger ausmacht, die Verbindlichkeit zur Rückzahlung solle erst in der Person eines seiner Erben ihren Anfang nehmen, hieraus auch nur für diesen Erben, nicht zugleich für seine Miterben eine Schuldverbindlichkeit entstehe.

Allein gerade hier ist es doch ganz einleuchtend, daß der Erblasser selbst Schuldner wird und jener Vertrag, daß die Verbindlichkeit der Rückzahlung erst in der Person des Erben ihren Anfang nehmen solle, blos als Beifügung einer Zeitbestimmung für die Erfüllung der Verbindlichkeit angesehen werden kann. Es sind mithin alle seine Erben pro rata schuldig, das Darlehen zurückzuzahlen, und der einzelne Erbe, den der Gläubiger auf Zahlung der ganzen Summe belangte, würde Abweisung der Klage, soweit sie die auf seine Miterben treffenden Theile der Summe beträfe, begehren können und vom Richter erlangen müssen. Natürlich gilt jedenfalls ganz das Gleiche, wenn der Erblasser ein Darlehen gegeben hat, und nur bedingt, daß es erst an seine Erben zurückgezahlt werde.

Allein ich muß bemerken, daß die oben angeführte L. 137 §. 8 D. de V. O. von Venulejus nach den für mich günstigen Worten: praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse, omnibus acquiri so fortfährt:

— at quum quid fieri stipulemur, etiam unius (heredis) personam recte comprehendi,

wodurch meine bisherige Beweisführung völlig entkräftet zu werden scheint. Zwar soll dadurch nur die Möglichkeit der Beschränkung des Uebergangs einer in jedem Sinn schon für den Erblasser begründet gewesenen Obligatio auf einen einzelnen Erben behauptet werden. Allein es ist einleuchtend genug, daß gerade das von mir aufgestellte Princip dieser Möglichkeit um nichts weniger im Wege steht, als der Möglichkeit ausschließlicher Begründung einer Obligatio für einen einzelnen Erben.

Die Entscheidung des Venulejus bei Obligationen, die auf ein Geben gehen, spricht für mich, seine Entscheidung bei Obligationen auf ein Thun scheint gegen mich zu sprechen. Er scheint sich ja damit aber vor Allem selbst zu widersprechen. Wie löst sich dieses Räthsel?

Man hat bemerkt, dieser scheinbare Widerspruch hebe sich dadurch, daß wie wir von Justinian erfahren in L. 13 C. de contr. stip. (8, 38), die alten Juristen nur Stipulationen auf Geben, nicht auf Thun, als vererblich betrachteten. Diese Bemerkung ist richtig, aber nicht erschöpfend. Wir müssen weiter gehen und fragen, warum Stipulationen auf ein Thun für unvererblich angesehen werden konnten?

Venulejus selbst gibt uns vielleicht für die Beantwortung dieser Frage einen Fingerzeig durch die Worte des §. 7: Si ut aliquid fiat, stipulemur, et usitatius et elegantius esse Labeo ait, sic subjici poenam: si ita factum non erit. Man dachte sich vielleicht Stipulationen eines Thuns durchweg als bedingte Stipulationen, so daß der eigentliche Inhalt der Obligatio Leistung des Interesse für den Fall des Nichtthuns sei. Es wurde meist für zweckmäßig befunden, dieses Interesse sogleich auf eine feste Geldsumme in Form einer Conventionalstrafe zu veranschlagen und so zu stipuliren, wie Labeo in obigen Worten es an die Hand gibt; aber auch wenn dies nicht geschehen war, dachte man sich die Stipulation des fieri begleitet von einem stillschwei=

genden Versprechen, si factum non sit, dari, quanti ea res fuerit. Dies scheinen namentlich auch folgende Worte der L. 68 de V. O. zu beweisen:

> Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest[9]).

Es würde sich auch daraus erklären, daß es keine intentio: facere oportere, sondern nur dare oder dare facere oportere gibt. Wäre das facere eben so als der eigentliche Inhalt einer faciendi obligatio angesehen worden, wie das dare als Inhalt der dandi obligatio, so hätte bei der stipulatio facti die Intentio, sollte man denken, so lauten müssen: si paret N. N. A° A° . . . facere oportere. Wenn aber als Inhalt galt: facere et si non factum sit dare, so wurde passend intendirt: quidquid paret dare facere oportere. Dann wäre also das factum, welches dem Wortlaut nach unmittelbarer Gegenstand der Stipulation war, in der That als bloser Inhalt einer Bedingung aufgefaßt worden. Es war nun natürlich zu vermuthen, daß der Wille der Contrahenten nur dahin gehe, diese Bedingung als eintretend anzusehen, wenn der Stipulator selbst vom Promittenten selbst das factum vergebens gefordert oder erwartet habe, nicht auch wenn es die Erben des Erstern von dem Letztern, oder wenn es der Erstere von den Erben des Letztern vergebens gefordert haben; und hierin konnte dann der wahre Grund für Unvererblichkeit der stipulatio facti liegen. Ferner war es nun aber auch natürlich, eine Ausdehnung dieser Stipulationen auf die Erben, jedoch auch allenfalls mit willkührlicher Beschränkung auf einen einzelnen Erben zuzulassen; denn bei

9) Vgl. hiezu L. 75 §. 7 und L. 112 §. 1 D. eod. und meine Commentatio ad LL. 2, 3, 4, 72 et 85 de V. O. p. 36 sqq.

einer Bedingung kann der Umfang des Inhalts nach freiem Belieben bestimmt werden. Freilich hätte aber dann eigentlich auch die Ausdehnung auf jeden Dritten statthaft sein müssen. Und dies macht mich zweifelhaft, ob diese Erklärungsweise die richtige sei.

Justinian deutet in seiner L. 13 C. de contrah. stip. noch einen andern Grund an, aus welchem Stipulationsobligationen auf ein Thun für unvererblich gehalten wurden. Das Geben ist eine Handlung, welche weder besondere persönliche Eigenschaften auf Seiten des Handelnden, noch ein besonderes persönliches Interesse auf Seiten dessen, welchem geleistet werden soll, voraussetzt. Bei andern Leistungen tritt häufig das Gegentheil ein: sie sind nur dieser Person möglich, oder haben nur als ihre Leistungen Werth überhaupt, oder doch diesen Werth; sie können ferner mit dieser bestimmten Bedeutung nur dieser Person, nicht einer andern geleistet werden. Es muß also, insofern dies wirklich der Fall ist, in der That vermuthet werden, daß sie der Stipulator nur für sich selbst, und nur von dem Promissor selbst, nicht für seine Erben oder von den Erben des Promittenten in Anspruch nehmen wollte. Indem man dies auf faciendi stipulationes überhaupt ausdehnte, kam man auf sehr begreiflichen Weise zu dem Satz: Stipulationen, welche auf Geben gerichtet sind, vererben sich immer von selbst aktiv und passiv; Stipulationen, welche auf ein Thun gehen, nur dann, wenn sie ausdrücklich auf die Erben erstreckt werden. Auch von diesem Gesichtspunkt aus nun ist die Möglichkeit einer Beschränkung solcher Stipulationen auf einen Erben des Stipulators leicht erklärlich. Es wird dadurch den andern Erben nichts entzogen, was ihnen durch die Erbfolge von selbst und nothwendig zufällt; da sie sämmtlich schon durch das blose Stillschweigen des Erblassers von dem Eintritt in diese Forderung desselben ausgeschlossen würden, so können sie auch alle bis auf einen dadurch ausge-

schlossen werden, daß er nur diesen einen in die Stipulation mit aufnimmt.

Die L. 13 C. cit. lautet allgemeiner, als sie gemeint sein kann. Eine Buchstabenerklärung findet darin den Satz, daß nun alle Stipulationen, die auf ein Thun gehen, nothwendig vererblich sind. Allein Justinian sagt am Schluß des Gesetzes selbst, es komme ihm nur darauf an: ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates. Wo es also keine Subtilität, sondern eine Forderung der Vernunft ist, anzunehmen, daß solche Versprechungen wenigstens abgesehen von ausdrücklicher Bestimmung des Gegentheils sich nicht auch auf die Erben beziehen, können sie auch durch dieses Gesetz nicht vererblich werden sollen. Wenn z. B. ein ausgezeichneter Künstler seinem Freunde schenkungsweise verspricht, ihm ein Kunstwerk anzufertigen, so kann doch hieraus unmöglich eine Forderung des Stipulirenden auf Erfüllung des Versprechens gegen die Erben des Künstlers erwachsen. Oder wenn sich Jemand das uti frui licere stipulirt, so kann hieraus gewiß auch jetzt sein Erbe nicht klagen, wenn die Stipulation nicht ausdrücklich auf ihn ausgedehnt ist[10]).

Es ist also unrichtig, wenn man sagt: die L. 137 §. 8 D. de V. O. hat nun keine Geltung mehr, weil L. 13 C. cit. die Stipulationen eines factum vererblich gemacht hat. Vielmehr muß zwar jene Stelle nach diesem Gesetz beschränkter verstanden werden, als sie von Venulejus gemeint ist, sie hat aber noch immer volle Geltung für Versprechungen, die ihrer Natur nach die Erben des Acceptanten nur dann berechtigen, wenn sie ausdrücklich auf sie erstreckt werden; d. h. es bleibt fortwährend wahr, daß der Uebergang solcher Forderungen auf einen einzelnen Erben beschränkt werden kann, während dies bei von selbst vererblichen For-

10) Vgl. L. 38 §. 10—12 D. de V. O. (45, 1).

derungen nicht möglich ist. Damit stimmt dann auch L. 33 D. de pactis (2, 14) vollkommen überein, welche es für gültig erklärt, daß der Großvater, welcher der Tochter seines Sohns ein Heirathsgut verspricht, ausbedingt, das Heirathsgut dürfe weder von ihm, noch von seinem Sohne, wohl aber von seinen übrigen Erben eingefordert werden.

Es scheint schwierig, diese Stelle mit dem Schlusse der oben angeführten L. 56 §. 1 D. de V. O. zu vereinigen[11]). Denn wenn ein solches pactum de non petendo einem Erben allein zu gute kommen kann, warum sollte es allen außer einem nicht zu gute kommen können? Allein der Schein eines Widerspruchs verschwindet, wenn man erwägt, daß im Falle der L. 56 cit. den Miterben des Titius die exceptio pacti gegen den eigentlichen Willen des Erblassers zu gut kommen würde. Er will ja, daß der Gläubiger das Ganze erhalte, nur aber von Titius. Von Titius aber kann er nur den ihn treffenden Theil bekommen; hätten also dessen Miterben gegen ihn eine exceptio pacti, so erhielte er nicht das Ganze.

Daraus, daß Justinian in L. 13 C. de contrah. stip. die Stipulationen eines Thuns in Beziehung auf Vererblichkeit den Stipulationen eines Gebens gleichgestellt hat, zu folgern, wie Vangerow thut[12]), daß seitdem, wenn der Erblasser für sich und einen von mehreren Erben

---

11) Ich habe bei den Auslegern keine befriedigende Lösung finden können. Was darüber in der Glosse ad l. 33. D. de pactis und von Cujacius (Opp. [Ed. Fabrot.] Prior. Tom. I. p. 963. cf. Schulting & Smallenburg Notae ad Dig. T. I. p. 357. T. VII. P. I. p. 21) gesagt ist, umgeht die eigentliche Schwierigkeit vielmehr als daß es sie hebt. Näher kommt der Wahrheit Gothofreds Bemerkung zu L. 56 §. 1 cit.: „eo pacto coheredes Titii non ad„juvabuntur, i. e. non agent adversus Titium, ut solus ipse det", obwohl auch dies offenbar schief ist.

12) Pandekten III. §. 608. S. 293.

den Vertrag abgeschlossen hat, immer alle Erben erwerben, ist zwar natürlich und gewissermaßen nothwendig, wenn man jene Gleichstellung als eine ausnahmslose betrachtet; im Hinblick auf L. 33 D. de pactis aber und auf ähnliche Fälle, wie der dort berührte, muß doch jedenfalls das Ergebniß dieses Schlusses als sehr bedenklich erschienen. Als doppelt auffallend aber stellt es sich dar, wenn dann zugleich behauptet wird, sofern der Erblasser nicht für sich, sondern blos für einen von mehreren Erben sich etwas habe versprechen lassen, erwerbe immer blos dieser. Dieser Ansicht gegenüber nimmt sich die Ansicht Buchkas wenigstens konsequenter aus, wenn dieser behauptet, die Beschränkung einer Obligatio auf einen von mehreren Erben könne durch einen Vertrag des Erblassers ebenso gut geschehen, wenn dieser auf den Erblasser und den Erben, wie wenn er nur auf den Erben gestellt sei. An innerer Begründung scheint es mir nach dem oben Ausgeführten beiden Ansichten gleichmäßig zu fehlen.

Man wird mich fragen, ob ich, wenn ich zugebe, daß die Ausdehnung an sich unvererblicher Obligationen auf einen Erben allein beschränkt werden könne, nicht auch annehme, daß wenigstens solche Obligationen auch ausschließlich für einen Erben begründet werden können? Ich muß diese Frage verneinen. Die Begründung einer Obligatio für den Erben hat für mich nur Sinn, und scheint mir auch durch Justinians mehrerwähntes Gesetz nur gestattet, insofern sie als stipulatio oder promissio post mortem gedacht werden kann d. h. als Begründung für die eigene vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, aber so, daß in Beziehung auf Erfüllung der Obligatio diese nothwendig vom Erben vertreten werden soll. Würde nun aber z. B. der Erblasser einem Dritten das Versprechen abnehmen, daß derselbe nicht ihn selbst und seinen Erben A, sondern blos diesen (während er von A, B und C beerbt

wird), mit der Einklagung einer Forderung verschonen wolle, so würde dieser Vertrag in keiner Weise als ein bloses pactum post mortem conceptum aufgefaßt werden können, es würde die Erfüllung des Versprechens nicht als eine der vermögensrechtlichen Person des Erblassers in A als ihrem Vertreter, sondern als eine dem A als Individuum geschehende erscheinen.

Vollends muß ich natürlich von meinem Gesichtspunkte aus in Abrede stellen, daß der Erblasser solche Obligationen vertragsmäßig für seinen Erben begründen könnte, dieser möchte nun sein einziger Erbe oder einer von mehrern sein, welche überhaupt nur für diesen, nicht auch für den Erblasser selbst entstehen könnten, wie z. B. die Forderung, daß der A meinem Erben B für ein Grundstück desselben, welches nicht zu meiner Erbschaft gehört, eine Prädialservitut bestelle, oder die Verbindlichkeit, daß mein Erbe B, ein Advokat, dem A einen Prozeß führe. Denn in diesen Fällen würde der B rein als Dritter erscheinen; er würde recht eigentlich Obligationssubjekt im Gegensatze zu mir, nicht als Vertreter meiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit werden.

IV.

Wissenschaftliches Recht.

Ich habe mich nie von der Richtigkeit der Ansicht überzeugen können, welche Puchta wiederholt mit so vielem Nachdruck geltend gemacht hat [1]), daß die Wissenschaft in demselben Sinn Rechtsquelle sei, wie das Volksbewußtsein und die Gesetzgebung. Weit entfernt davon, zu behaupten, daß die Wissenschaft sich auf Darstellung des Rechts zu beschränken habe, und daß ihr nicht vielmehr auch eine wahrhaft produktive Kraft beiwohne, die Macht, das Recht fortzubilden und neues Recht zu erzeugen, meine ich doch, daß sie dies nie so unmittelbar thun könne, wie jene beiden Rechtsquellen. Die Rechtssätze, welche sie findet, und zur Darstellung bringt, werden Rechtssätze erst durch die Anerkennung, welche sie im nationalen Rechtsbewußtsein oder durch die Gesetzgebung finden und durch die Geltung, welche ihnen auf diesem Wege zu Theil wird.

Es gehört zum Wesen und Begriffe des Rechtssatzes, daß er durch sein bloses Dasein eine äußerlich zwingende Macht ausübt. So lang eine Behauptung, welche eine Rechtswahrheit zum Inhalt hat, noch einer Prüfung ihrer inneren Wahrheit unterworfen ist, so lang ist sie eben, wenn sie auch vollkommen wahr ist, noch nicht Rechtssatz. Gerade dieses ist es, was die blose Rechtsansicht (sententia et opinio) vom

---

1) Ich verweise hier nur auf Puchtas Pandekten §. 16.

Rechtssatz unterscheidet, daß bei der ersteren jene Prüfung zulässig und nothwendig ist, bei dem letzteren dagegen unstatthaft und überflüssig. Entschieden ist dieses die Anschauung der Römischen Juristen. Unzählig oft berufen sie sich in ihren Schriften auf die Ansichten ihrer Vorgänger in einer Weise, welche erkennen läßt, daß sie dieselben für wahr und wohlbegründet halten, ohne sie darum als Rechtssätze zu bezeichnen. Daß sie Rechtssätze seien, stützen sie immer darauf, daß „haec sententia obtinuit“, daß wir „hoc jure utimur“, oder daß eine kaiserliche Constitution „hanc sententiam confirmavit“. Die Wissenschaft und ihre einzelnen Ergebnisse wirken bestimmend auf das Volksbewußtsein und die Gesetzgebung ein; aber nur diese Rechtsquellen sind es, welche einen Lehrsatz zum Rechtssatz machen können.

Dagegen habe ich bisher mit Puchta angenommen [2], daß in der dritten Periode der Römischen Rechtsgeschichte nicht blos die förmlichen Gutachten der mit dem jus respondendi beliehenen Juristen, sondern auch ihre Lehrsätze, wenn sie unwidersprochen waren, eine äußere Geltung gleich Volksschlüssen hatten. Nach wiederholter Prüfung muß ich auch diese Ansicht aufgeben.

Entscheidend ist dafür folgende Stelle des Gajus (I §. 7):

> Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet, quam velit, sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.

Es ist bekannt, wie Savigny [3]) und Puchta [4])

2) Vgl. mein Lehrbuch der Institutionen §. 15.

3) System I. §. 45 S. 286

4) Institutionen I. §. 117.

diese Stelle erklären. Ich will vorerst von beiden Auslegungen absehen und auf eigenem Wege ihren wahren Sinn zu ermitteln versuchen.

Wir müssen hierbei ohne Zweifel vor Allem auf den Zusammenhang achten, in welchem uns die Stelle entgegentritt. Im §. 2 schreibt Gajus: Constant autem jura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui jus edicendi habent, responsis prudentium, d. h. die Rechtssätze bestehen theils aus leges u. s. f. In den folgenden §§. belehrt er uns darüber, was leges u. s. f. seien, und setzt dabei das wesentlich Unterscheidende jeder dieser verschiedenen Arten von Rechtssätzen in die Verschiedenheit der Subjekte, die ihre Urheber sind: Lex est, quod populus jubet atque constituit. — Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit. Die Form setzt er überall als bekannt voraus; nur bei der constitutio principis bemerkt er: est, quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit, offenbar aber auch eigentlich nur, um anzudeuten, daß diese Rechtsquelle verschiedene Unterarten habe, wie er diese hernach auch bei den Edikten sorgfältig angibt. Im §. 7 erläutert er nun, welche Art von Rechtsquelle die responsa prudentium seien. Hauptsächlich kommt es ihm dabei, wie bei den vorher beschriebenen Rechtsquellen, darauf an, genau zu bestimmen, wer die Subjekte dieser jura seien. Er nennt als solche diejenigen, quibus permissum est jura condere. Natürlich kann er aber nicht sagen: responsa prudentium sunt, quae ii, quibus etc. jubent atque constituunt, sondern er muß sagen: es sind sententiae et opiniones eorum.

Es ist hiernach so viel klar, daß wir diesen Satz jedenfalls nicht übersetzen dürfen: R. p. sind die Ansichten, sondern nur: R. p. sind Ansichten u. s. w. Er hat nun aber weiter zu bemerken, daß die responsa prudentium legis

vicem obtinent, jedoch nicht unbedingt, sondern nur bei einer Uebereinstimmung der Ansichten aller dieser autorisirten Juristen. Daß er keine Bedingung hinsichtlich der Form angibt, berechtigt uns nach seiner Beschreibung der übrigen Rechtsquellen nicht zu dem Schlusse, daß eine solche Bedingung nicht bestanden habe. Wenn er voraussetzen konnte, daß seinen Lesern die Form der responsa eben so bekannt sei, als die Form einer lex oder eines SCtum, so brauchte er auch hier über die zur Geltung der responsa als Rechtsquellen erforderliche Form so wenig etwas zu sagen, als er vorher über die nothwendige Form der leges oder SCta etwas sagt. Alles Bisherige hindert uns also nicht im Mindesten, unter responsa prudentium auch hier lediglich zu verstehen, was man überall sonst darunter versteht: die Rechtsgutachten, welche, wie wir durch Pomponius erfahren (L. 2 §. ult. D. de O. J.), seit einer Constitution Augusts die vom Kaiser mit dem jus respondendi beliehenen Juristen den sie Befragenden versiegelt ex auctoritate principis ertheilten.

Die Hauptfrage ist aber nun die: was bedeutet das legis vicem obtinere dieser responsa? Jedes einzelne responsum war zunächst juristische Beurtheilung eines concreten Rechtsfalls. Konnte ihm in dieser Eigenschaft die Kraft eines Gesetzes zugeschrieben werden? Dies muß aus zwei Gründen entschieden verneint werden. Fürs Erste kann die Rechtskraft des Urtheils über das, was in einem bestimmten einzelnen Rechtsfalle Rechtens sei, nicht Gesetzeskraft genannt werden, denn das Eigenthümliche des Gesetzes besteht eben darin, daß es eine allgemein gültige Norm für alle Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art ist, während das rechtskräftige Urtheil nur eine Norm für das concrete Rechtsverhältniß zwischen zwei bestimmten Personen ist. Fürs Zweite aber kann selbst die Rechtskraft des Urtheils unmöglich der Beurtheilung eines Falles zukommen, welche einen blos ein-

seitigen Vortrag zur Grundlage hat. Das einzig Denkbare ist, daß dem responsum eines autorisirten Juristen insofern Gesetzeskraft beigelegt wurde, als es einen Ausspruch über die reine Rechtsfrage des Falles, über den auf die Thatsachen desselben anzuwendenden Rechtssatz enthielt. Und nun wird es uns vollkommen klar, welchen Sinn es hat, wenn Gajus die responsa prudentium, indem er sie als eine Rechtsquelle ins Auge faßt, sententiae et opiniones nennt Nur dem Inhalt eines responsum, welcher sententia et opinio genannt werden konnte, ließ sich die Bedeutung einer Rechtsquelle, ließ sich Gesetzeskraft zuschreiben. Diese mußte derselbe aber allerdings haben, wenn nach der Constitution Augusts der Respondent ex auctoritate principis respondirte. Der Richter, dem ein solches Responsum in beglaubigter Form zukam, war keineswegs dadurch der Beurtheilung des vor ihm zur Verhandlung kommenden Falles überhoben, so daß er gleich einem heutigen Richter, der Prozeßakten an eine Juristenfakultät versendet hat, den Parteien nur das responsum zu publiciren gehabt hätte; aber er mußte seiner rechtlichen Beurtheilung die Rechtsansicht (sententia et opinio) zu Grunde legen, welche in dem responsum ausgesprochen war, und zwar ohne Rücksicht auf seine Ueberzeugung von ihrer Richtigkeit, wie er eine lex anzuwenden hat, wenn er sie auch für juristisch unvernünftig hält. Es stimmt ganz mit diesem legis vicem obtinere, welches Gajus hier den Gutachten der juris auctores beilegt, überein, wenn Seneca (ep. 94) schreibt: Quid, quod etiam sine probationibus ipsa monentis auctoritas prodest? sic quomodo jurisconsultorum valent responsa, etiamsi ratio non redditur?

Indessen mußte diese Geltung der responsa eben deshalb, weil sie nicht der darin enthaltenen Beurtheilung des einzelnen Falls, sondern ihrem allgemeinen Inhalte (den sententiae et opiniones) zukam, es mußte, sage ich, diese

Geltung der Rechtsgutachten autorisirter Juristen eine keineswegs auf den einzelnen Fall beschränkte, sondern vielmehr eine allgemeine sein; Jedermann mußte sich auf eine solche sententia berufen können, jeder Richter in jedem Prozesse verbunden sein, sie als einen Rechtssatz anzuerkennen und zu befolgen.

Die responsa prudentium mußten seit August eine ganz ähnliche Rechtsquelle sein, wie die rescripta principum; sie waren gewissermaßen mittelbare kaiserliche Reskripte [5]). Ein wesentlicher Unterschied von diesen lag bei ihnen nur darin, daß, indem das jus respondendi einer Mehrzahl von Personen verliehen wurde, das Vorkommen abweichender sententiae über dieselbe Rechtsfrage, das bei den Reskripten eines und desselben Kaisers wegfiel, in Gutachten verschiedener gleichzeitiger juris auctores unvermeidlich war.

Hieraus ergab sich die nothwendige Folge, daß man die Gesetzeskraft der in solchen responsa aufgestellten Rechtssätze an die Bedingung knüpfen mußte, daß über dieselben alle (gleichzeitigen) juris auctores einig seien, daß wenigstens keine Meinungsverschiedenheit unter ihnen bekannt sei. Bei einem nachweisbaren Dissensus unter ihnen mußte der Richter volle Freiheit haben, derjenigen Ansicht zu folgen, welche ihm aus inneren Gründen die richtigere schien. Eben diese Modifikation ist es, welche Gajus in unserer Stelle mit Berufung auf ein Reskript Hadrians dem Satze beifügt, daß den in Gutachten autorisirter Juristen enthaltenen sententiae et opiniones Gesetzeskraft zukomme.

Ich habe auf meinem Wege einen Sinn der Worte des Gajus gewonnen, der gleichmäßig von dem, welchen Sa-

---

5) Savigny schreibt freilich auch diesen nur Gesetzeskraft für den einzelnen Fall zu (System I. §. 24), was ich aber eben nach dem oben Ausgeführten für eine contradictio in adjecto halte. Vgl. Puchta Inst. Bd. 2 §. 111. (3te Ausg. S. 532 ff.)

vigny und von dem, welchen Puchta darin finden will, abweicht. Ich stimme Savigny bei, daß responsa prudentium hier die gewöhnliche Bedeutung hat und nicht die juristische Litteratur, insoweit sie juris auctores zu Urhebern hatte, überhaupt bedeutet, worin ich Puchta widerspreche; aber ich verstehe Gajus mit Puchta und gegen Savigny so, daß er dem allgemeinen Inhalte der responsa auch allgemeine, nicht auf den einzelnen Fall beschränkte Gültigkeit zuschreiben will.

Freilich ist nun der auch meine Ansicht treffende Einwurf Puchtas, die Autorität der in den Schriften niedergelegten Ansichten folge von selbst aus der Autorität der Responsa, man könne nicht Ursache haben zu glauben, eine Rechtsansicht, die ein Jurist in einem von ihm verlangten Responsum ausgesprochen, enthalte zuverlässiger seine wohlbegründete Ueberzeugung, als die in seinen Schriften niedergelegte, sehr scheinbar. Aber er verliert, meine ich, seine Kraft, wenn man bedenkt, daß es einmal hier um eine äußerliche Geltung, nicht um eine innere Autorität sich handelt, und schon deshalb auch eine ganz willkührliche Beschränkung der Gesetzeskraft von Aussprüchen autorisirter Juristen auf die in ihren Gutachten enthaltenen wohl denkbar wäre, und daß sodann die weit freiere Natur schriftstellerischer Thätigkeit im Vergleich mit dem gewissermaßen amtlichen Geschäfte des Respondirens ex auctoritate principis gar wohl ein gewisses relatives Mißtrauen gegen die blos bei Gelegenheit der ersteren vorgetragenen, namentlich neuen Rechtsansichten zu rechtfertigen im Stande ist. Auch der gewissenhafteste Schriftsteller wird sich weit eher für berechtigt halten, blose Einfälle in einem Buche der Prüfung des Publikums zu unterstellen, als sie der amtlichen Beurtheilung eines Rechtsfalls zu Grunde zu legen.

Die Gesetzeskraft der responsa prudentium in dem eben dargestellten Sinne war offenbar besonders darum in

jener Zeit sehr zweckmäßig, weil damals ein sich mehr und mehr wissenschaftlich entwickelndes Recht von Richtern angewendet werden sollte, von welchen juristische Bildung weder gefordert, noch erwartet wurde. Wenn man die Entscheidung der Rechtshändel nicht einem besonderen Richterstande vorbehalten wollte, was mit den damaligen öffentlichen Zuständen ganz unvereinbar gewesen wäre, wenn sie also gewöhnlichen Privatpersonen, mithin in der Regel Nichtjuristen anvertraut bleiben sollte, so konnte man gewiß keinen glücklicheren Ausweg treffen, als den man durch Einführung des jus respondendi und durch die demselben nach dem Obigen gegebenen Folgen einschlug. Es wurde dadurch der Wissenschaft ein Einfluß auf das Rechtsprechen gesichert, der in mehrfacher Beziehung noch weit heilsamer sein mußte, als derjenige ist, welchen man ihr heutzutage durch die Besetzung aller Richterstellen mit studirten Juristen zu verschaffen strebt.

Zu weit aber wäre man nach meiner Ansicht gegangen, wenn man allen Schriften der juris auctores (nicht blos den Sammlungen ihrer responsa) Gesetzeskraft beigelegt hätte. Es würde dadurch der naturgemäßen Wirksamkeit der juristischen Litteratur eine schiefe Richtung gegeben und die wahre Freiheit der geistigen Produktion jener großen Juristen gehemmt worden sein. Ein Jurist, der sich bei schriftstellerischer Thätigkeit stets als Gesetzgeber betrachten müßte, würde sich kaum die zum Gelingen dieser Beschäftigung unerläßliche Unbefangenheit des Geistes zu erhalten vermögen.

Allein was für die Zeit des Gajus nach meiner Ueberzeugung mit Unrecht behauptet wird, machte sich allerdings von selbst in einer späteren Zeit, welche nicht genug geistige Freiheit mehr besaß, um die juristische Literatur rein belehrend und überzeugend auf sich wirken zu lassen, für welche jede Autorität derselben eine äußerliche sein mußte, nicht eine durch innere Gründe bestimmte. Dieser Zustand ist es, der uns in den Gesetzen des Tit. Cod. Theod. de responsis

prudentum (1, 4) auf eine nicht eben lockende Weise entgegentritt, und der das bekannte Citirgesetz Valentinians III. (L. 3. eod.) zu einer gewissen Nothwendigkeit machte, welchem gegenüber Justinians „enucleatio veteris juris" mit Recht bei unsern einsichtsvollsten Juristen großes Lob gefunden hat.

Man kann mit Rücksicht auf die von uns erwogene Stelle des Gajus und ihren oben nachgewiesenen Sprachgebrauch sagen, daß Justinian durch Publikation der Pandekten alle darin aufgenommenen Auszüge aus der alten juristischen Litteratur ohne Unterschied zu responsa prudentium gemacht hat. Eben darum aber läßt sich behaupten, daß auch für uns noch jenes von Gajus erwähnte Reskript Hadrians eine gewisse analoge Anwendbarkeit hat. Zwar wollte Justinian bei Zusammensetzung der Pandekten jeden Widerspruch vermieden wissen. Aber in der Wirklichkeit finden sich eben doch wahre Widersprüche zwischen einzelnen Stellen derselben. Von diesen muß dann dasselbe gelten, was Hadrian in Beziehung auf Widersprüche zwischen den in den Responsen der juris auctores seiner Zeit enthaltenen sententiae bestimmte: es kann von zwei solchen widersprechenden Pandektenstellen keiner Gesetzeskraft beigelegt, es muß dem Richter überlassen werden, welcher von beiden Rechtsansichten er als der in sich begründeteren bei der Rechtsprechung folgen will. Und so finden wir merkwürdiger Weise einen von unsern Juristen[6]) lediglich durch wissenschaftliches Verfahren gefundenen Rechtssatz als Inhalt einer ausdrücklichen Rechtsvorschrift des durch Justinian antiquirten Römischen Rechts wieder.

---

6) Savigny System I. §. 45. S. 286. Puchta Pandekten §. 19.

V.

Kritische Bemerkungen zu Gajus IV. §§. 1—44.

Die nachfolgenden kleinen Bemerkungen sollen nur eine Art von Nachlese zu den trefflichen kritischen Bemerkungen Huschkes zum vierten Buch der Institutionen des Gajus bilden, welche sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XIII. N. V. finden. Auch sie sind aus Vorlesungen über Gajus hervorgegangen und werden vielleicht in einem spätern Hefte fortgesetzt werden. Ich lege dabei immer den Lachmann'schen Text zu Grunde.

IV §. 4.

— nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest: cum solum id dari nobis intelligatur, quod (*ita datur, ut*) nostrum fiat; nec res, quae nostra (*est*), amplius (*nostra*) fieri potest.

Die Worte ita datur, ut sind aus den Institutionen (Justinians) eingeschoben; unnöthiger Weise, wie mir scheint. Der Sinn ergibt sich mit vollkommner Deutlichkeit auch ohne dieses Einschiebsel, wenn man nur auf fiat im Gegensatze zu est den Ton legt: nur von dem kann man sagen, daß es uns gegeben werde, was unser wird. Dagegen ist im folgenden Satze „nec res — potest" eine Ergänzung allerdings unentbehrlich; aber sie muß so heißen: nec res, quae nostra est, nostra amplius fieri potest. Nicht nur ist diese Stellung der Worte an sich besser, weil sie das Verständniß erleichtert, sondern es ist auch, wenn

wir sie annehmen, das Ausfallen der Worte nostra und est vollkommen erklärlich. Der Abschreiber übersah, daß nostra zweimal vorkomme und schloß das, was auf das zweite nostra folgt, unmittelbar an das erste an.

IV §. 9.

quod accidit per actionem judicati, depensi, damni in*juri*ae * * * * * * * * * legat*a*rum nomine, quae per damnationem certae relictae sunt.

Ich halte für die entschieden richtige Lesart dieser vielbesprochenen Stelle folgende: damni injuriae legis Aquiliae et rerum legatarum etc. Da die Schlußworte in der Handschrift lauten: certe relictae sunt, so kann legatorum nicht beibehalten werden. Pecuniarum aber, wie Lachmann will, ist nicht nur gegen den Sprachgebrauch der Römischen Juristen, die immer certa pecunia, nie certae pecuniae sagen, sondern auch unverträglich mit §. ult. J. de oblig. qu. ex contr. (3, 27): definierunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, velut ex lege Aquilia, item ex legato. quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta, per damnationem cuicumque fuerant legata, worin ein bestimmtes Zeugniß liegt, daß beim Damnationslegat die Litiscrescenz nur dadurch bedingt war, daß der Gegenstand in certae res bestehe, keineswegs also certa pecunia sein müsse.

IV §. 15.

idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem * * * * * * * dabatur judex.

Für die Lücke gibt Blume an: n * * sum. Daraus macht Heffter nondum. Allein dadurch gewinnen wir eine reine Tautologie: per legem Pinariam factum est, ut judex daretur und ante legem Pinariam nondum dabatur judex ist derselbe einfache Gedanke, einmal affirmativ und das anderemal negativ ausgedrückt. Ich zweifle nicht,

daß zu lesen ist nunquam. Nach dem ganzen Zusammenhang ist es augenscheinlich, daß Gajus im Vorhergehenden gesagt hat: regelmäßig gelangten die durch die sacramenti actio eingeleiteten Streitsachen an ein ständiges Richtercollegium, und es begriff dann die Verhandlung in jure keine judicis datio in sich. Zuweilen aber schloß dieselbe mit einer judicis datio. Dies hat die lex Pinaria bewirkt; vor diesem Gesetze kam niemals eine judicis datio vor.

IV §. 34.

vel si *in personam* a*g*atur, praeposita simili *fictio*ne * * * * ita subicitur rel.

Nach Blume bietet die Handschrift folgende Züge dar: pposita simil — — illa. Ich glaube, man muß lesen: praeposita similiter fictione illa; wie es nachher im §. 35 heißt: Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. Es kann nicht von einer blos ähnlichen Fiktion hier gesprochen werden; es muß jedenfalls eine und dieselbe Fiktion bei der actio in personam, wie bei der actio in rem der Intentio vorhergehen; wohl aber kann gesagt werden, jene Fiktion werde auf ähnliche Weise vorausgeschickt.

Hinsichtlich der in diesem und den folgenden §§. vorkommenden fictitiae formulae, welche in der Handschrift fast durchaus nur sehr unvollkommen lesbar waren, dürften die Ausgaben nicht blos die von Huschke a. a. O. S. 290—294 vorgeschlagenen Verbesserungen, sondern noch mehrere und die von Huschke für die erste Formel begehrte in etwas anderer Weise bedürfen.

Daß, wie Huschke sich ausdrückt, regelmäßig die intentio das Wort paret hat, ist zu wenig gesagt: es kann unmöglich in ihr fehlen; paret ist das technische Wort für die Bedingung der Condemnation. Eben so wenig aber kann das Wort oportere in einer andern intentio vorkommen, als in einer in personam concepta; es ist der technische Ausdruck für die necessitas alicujus solvendae

rei, welche das juris vinculum der obligatio erzeugt (pr. J. de oblig. 3, 13).

Es ist also in der ersten Formel zu lesen:

tum si fundum, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse pareret.

Oporteret beruht hier blos auf Conjektur, zu welcher ohne Zweifel die einzige Veranlassung die war, daß man im §. 36 in der Publiciana formula am Ende las: ejus ex jure Quiritium esse oporteret. Ich zweifle aber aus den angeführten Gründen nicht, daß auch hier oporteret falsch ist und in pareret corrigirt werden muß, selbst wenn die Handschrift jenes Wort ganz deutlich enthalten sollte, woran doch noch ein Zweifel gestattet sein wird.

Ferner glaube ich, daß im §. 34 a. E. die Intentio der in personam actio anfangen muß: tum si pareret statt paret. Es fordert dies die hypothetische Fassung, wie sie die fictio erheischt, und es ist auch die Handschrift nicht entgegen, da als Züge derselben angegeben werden: pa(?)ret. Das zweifelhafte a kann eben sowohl ein e sein, so daß die Handschrift eigentlich hätte p̄eret, was dann in pareret aufzulösen wäre.

IV §. 44.

demonstratio autem et adjudicatio et condemnatio n*um*quam solae inveniuntur: nihil (*enim*) omnino sine intentione vel condemnatione valet (*demonstratio*); item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adjudicatione nullas vires habet: ob id numquam solae inveniuntur.

Ohne auf eine Kritik der verschiedenen Versuche eingehen zu wollen, durch welche man bisher die Anstöße, welche diese Stelle, wie sie die Handschrift darbietet, erregen muß, theils durch Erklärung, theils durch Emendation zu entfernen gesucht hat, will ich es wagen, einen neuen Emendationsversuch dem Urtheile der Gelehrten zu unterstellen.

Daß der Text unmöglich richtig sein könne, wie er oben abgedruckt ist, folgere ich daraus, daß der einleitende Satz offenbar die Erwartung erregt und berechtigt, es werde im Folgenden für die demonstratio, für die adjudicatio und für die condemnatio nachgewiesen werden, und zwar für jede besonders, daß und warum keine dieser partes formulae, wie die intentio, allein stehen könne, während dieses, so wie wir die Stelle jetzt lesen, blos für die demonstratio und condemnatio geschieht, für die adjudicatio aber Gajus, der doch sonst wahrlich nicht wortkarg ist, uns diesen Nachweis schuldig bleibt. Ein zweiter weniger dringender, aber doch auch nur durch die Annahme einer sehr ungenauen Ausdrucksweise zu beseitigender Grund besteht darin, daß nach dem Wortlaut der Stelle in ihrer bisherigen Gestalt Gajus behaupten würde, die condemnatio könnte ihre Kraft auch blos aus einer ohne eine andere pars formulae ihr vorausgehenden adjudicatio schöpfen.

Wie uns diese beiden Mängel die Unrichtigkeit des Textes, wie er ist, erkennen lassen, so muß es auch ein Kriterium für die Richtigkeit einer Emendation desselben sein, ob sie beiden Mängeln abhilft.

Dies würde aber der Fall sein, wenn man die Vermuthung billigen wollte, daß bei dem Wort adjudicatione zwischen adjudicatio und der Endsilbe ne folgende cursiv gedruckte Worte ausgefallen seien, mit welchen die Stelle so lautete:

> item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adjudicatio (*sine demonstratione et intentione et condemnatio*)ne nullas vires habet.

Das ist die Emendation, welche ich vorschlage, und deren Rechtfertigung zunächst darin liegt, daß wenn etwa in der Urhandschrift mit adjudicatio eine Zeile schloß und die dritte von da mit ne anfieng, der Abschreiber leicht die nach meiner Conjektur dazwischen liegende Zeile mit ihren mehrfach

schon vorgekommenen Worten übersehen und überspringen, daß ne aber mit adjudicatio irrigerweise verbinden konnte.

Der Sinn würde durch diese Lesart ein völlig befriedigender. Die demonstratio braucht eine intentio oder condemnatio; jede kann aber für sich ausreichen; jene in einer praejudicialis formula; auch eine solche konnte gewiß eine demonstratio haben, ja hatte sie wohl häufig; diese in einer in factum actio, wo gewissermaßen die demonstratio die intentio vertritt. Die condemnatio braucht eben so eine demonstratio oder intentio; aber auch jede von diesen beiden partes formulae ist für sich ausreichend, um die condemnatio zu stützen, wie ich dieses wohl nicht nachzuweisen nöthig habe. Die adjudicatio dagegen bedarf aller drei andern partes formulae mit einander. Die intentio wäre in den Theilungsklagen, weil sie auf quidquid dare facere oportet ex fide bona geht, unverständlich ohne demonstratio; und daß die condemnatio darin neben der adjudicatio nicht fehlen kann, ergibt sich aus §. 20 J. de act. (4, 6): in quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adjudicare, et, si unius pars praegravare videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

Nimmt Jemand daran Anstoß, daß im einleitenden Satze die Bestandtheile der Formel, deren Alleinstehen als unmöglich dargestellt wird, in folgender Ordnung aufgeführt werden: 1) demonstratio, 2) adjudicatio, 3) condemnatio, dann aber der Nachweis dafür zuerst in Beziehung auf die demonstratio, hiernächst für die condemnatio und zuletzt erst für die adjudicatio geführt wird, so läßt sich auch diese scheinbare Ungenauigkeit, wie ich glaube, wohl erklären. In der Thesis selbst befolgt Gajus dieselbe Ordnung der Aufzählung dieser partes formulae, worin sie in den Formeln selbst vorkommen, wie er dies auch bei ihrer Beschreibung in den §§. 40—43 gethan hat. Bei der Beweisführung ist es

aber natürlich, daß er von derjenigen pars zuletzt spricht, welche die meisten anderen zu Begleiterinnen haben muß.

Uebrigens meine ich auch, daß man das Wort demonstratio in Zeile 12 nicht einzuschieben braucht, sondern daß das emphatische omnino ein Schreibfehler ist für demonstratio, wenn nicht etwa sogar Letzteres wirklich in der Handschrift steht, und nur irrig dafür von Blume omnino gelesen wurde.

VI.

Zeitgränze der Gesetzesanwendung.

Niemand kann mehr als ich mit dankbarer Bewunderung anerkennen, was Savigny auch zur Aufklärung dieser Lehre durch seine Darstellung derselben im VIII. Bande seines Systems des h. R. R. geleistet hat. Es steht aber damit gewiß nicht im Widerspruch, wenn ich bekenne, daß ich mir seine Resultate nicht durchweg einfach aneignen kann, sondern mich dadurch zum Theil nur um so mehr zu neuer Untersuchung angeregt fühlte. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind es, welche ich im Nachstehenden dem juristischen Publikum zur Prüfung vorlegen will.

Der Grund, auf welchem die Nothwendigkeit und Vernünftigkeit des Rechtsgrundsatzes beruht, daß neue Rechtsregeln keine rückwirkende Kraft haben, ist nach meiner Ansicht folgender. Jede Rechtsregel wirkt auf alle die thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie ihrem Inhalte nach sich bezieht, durch ihr bloses Dasein bestimmend ein, ohne daß es dazu der richterlichen Anwendung der Regel auf das Faktum bedarf. Es ist nicht die Aufgabe des Richters, die faktischen Verhältnisse nach der Rechtsregel zu gestalten, sondern nur zu erkennen und auszusprechen, wie sie kraft der Rechtsregel sich gestaltet haben. Hat daher einmal ein gewisses faktisches Verhältniß unter dem Einflusse einer Rechtsregel eine bestimmte rechtliche Gestalt gewonnen, so ist es nun vollkommen gleichgültig, ob dieses Rechtsverhältniß in

demselben Augenblicke noch, oder nach einem Jahr, oder nach hundert Jahren zum Gegenstande eines Rechtsstreits und einer richterlichen Entscheidung wird. Da der Richter nur zu ermitteln und auszusprechen hat, was wahr ist für jenen Augenblick, in welchem das Rechtsverhältniß eine bestimmte Rechtsform angenommen hat, so kann keine nach diesem Zeitpunkt eingetretene Veränderung der Rechtsregel auf einen späteren Richterspruch Einfluß haben. Daß der Richter jetzt zu erkennen hat und nicht schon in jenem entscheidenden Augenblick, ist etwas ganz Zufälliges; wie er damals zu erkennen gehabt hätte, so und nicht anders hat er auch jetzt zu erkennen. Versteht man unter einem factum praeteritum ein thatsächliches Verhältniß, welches kraft einer gewissen Rechtsregel einmal eine feste rechtliche Gestalt bekommen hat, so kann man zu der Frage, ob neue Gesetze auf facta praeterita anzuwenden seien, überhaupt nur dadurch gelangen, daß man von der irrigen Vorstellung ausgeht, die Gesetze würden nicht sowohl gegeben, um unmittelbar die Lebensverhältnisse zu regeln, als vielmehr um die Richter zu belehren[1]), wie sie dieselben beurtheilen und durch ihre Entscheidungen gewissermaßen erst zu Rechtsverhältnissen machen sollen.

Auch in folgender Weise kann man den Gedanken, welchen der Grundsatz der nicht rückwirkenden Kraft neuer Rechtsregeln ausspricht, richtig ausdrücken. Damit ein bestimmtes Rechtsverhältniß entstehe, müssen in der Regel zwei Hauptfaktoren gleichzeitig zusammenwirken: ein gewisser Sachverhalt oder Thatbestand und ein Rechtssatz, welcher diesem Thatbestand eine bestimmte rechtliche Bedeutung und Wirkung gibt, und es ist das eben gerade die eigentliche

1) Eben deshalb aber, weil authentische Interpretationen wirklich nur Belehrungen für den Richter, nicht neue Rechtsregeln sein sollen, haben sie rückwirkende Kraft.

Bestimmung der Rechtsregeln, den Thatbeständen, welche sich unter ihrer Herrschaft bilden, diese oder jene rechtliche Bedeutung zu geben; eben darum aber können sie auch nur auf unfertige, in der Bildung erst begriffene oder künftig erst sich bildende, nicht auf schon fertige Rechtsverhältnisse angewendet werden.

Eben dieser Gesichtspunkt ist es, von welchem aus unser Rechtsgrundsatz in der bekannten L. 7 C. de legibus (1, 14) nicht als eine neue Rechtsvorschrift sanktionirt, sondern wie ein sich von selbst verstehendes Axiom dargestellt wird:

> Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari.

Es ist aber falsch, facta praeterita hierbei nach der Ausdrucksweise des Allg. Preuß. LR. Einl. §. 14. in dem ganz vagen Sinne von „schon vorhin vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten" zu nehmen.

Facta praeterita sind vollendete juristische Thatsachen, was keineswegs alle vorhin vorgefallenen Handlungen oder Begebenheiten sind. So ist z. B. das vor der Publikation eines Gesetzes errichtete Testament eines Lebenden, insofern es die Erbfolge in dessen Vermögen oder den Eintritt von Vermächtnißnehmern in einzelne seiner Vermögensrechte anordnet, keineswegs eine vollendete juristische Thatsache; dazu muß es erst der Tod des Erblassers machen, und doch ist es gewiß eine „vorhin vorgefallene Handlung".

Es ist von der größten Wichtigkeit für unsere Lehre, den durch die obige Entwicklung, wie ich hoffe, deutlich gemachten wahren Begriff des factum praeteritum ganz genau festzuhalten. Geschieht dies aber, so ergibt sich auch, glaube ich, daß man mit Unrecht[2]) die beiden Grundsätze:

---

2) Wie es aber Savigny thut a. a. O. S. 373.

> Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen

und

> Neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen

als identisch auffaßt.

Die wirkliche Erwerbung eines Rechts ist immer eine vollendete Thatsache in dem Sinn, daß von nun an das Dasein und der Umfang dieses Rechts nie mehr in Frage gestellt werden darf, bis eine neue Thatsache es aufhebt oder beschränkt, aber nicht in dem Sinn, als wenn es damit auch gegen jede Aufhebung oder Beschränkung für immer geschützt wäre, oder doch gegen jede solche, welche ihre rechtliche Begründung nicht in einem zur Zeit der Entstehung des Rechts schon geltenden Rechtssatze hätte. Es würde ganz irrig sein, die Anwendung eines Gesetzes, das eine neue Aufhebungsart des Eigenthums oder eine neue Servitutenerwerbsart einführt, auf schon früher erworbene Eigenthumsrechte als eine revocatio ad facta praeterita zu betrachten. So gut aber ein Rechtssatz Rechtsgeschäften mit Abänderung des bisherigen Rechts die Wirkung beilegen kann, gewisse Rechte aufzuheben oder zu beschränken, eben so gut kann er auch unmittelbar solche Rechte aufheben oder beschränken, und wenn dann ein solcher Rechtssatz, wie es nicht anders sein kann, so angewendet wird, daß alle erworbenen Rechte, auf die er sich bezieht, als von jetzt an aufgehoben behandelt werden, so werden dadurch zwar allerdings erworbene Rechte berührt, und es kann eben deshalb der Rechtssatz selbst politisch verwerflich sein, aber es wird ihm dadurch keine Anwendung auf facta praeterita gegeben, keine wahrhaft rückwirkende Kraft beigelegt.

Es ist ganz richtig, daß auf neue Rechtsregeln, welche ganze Rechtsinstitute vernichten oder wesentlich umwandeln, der Grundsatz, es habe die Anwendung neuer Rechtssätze

erworbene Rechte unberührt zu lassen, keine Beziehung haben kann, weil solche Rechtsregeln nothwendig den Sinn haben, daß dadurch alle erworbenen Rechte aufgehoben oder umgewandelt werden sollen, welchen die ältere Rechtsschöpfung das Dasein gegeben hatte. Keineswegs aber liegt darin eine Schranke der Herrschaft unseres Rechtsprincips, daß neuen Rechtssätzen keine rückwirkende Kraft auf vollendete juristische Thatsachen beizulegen ist, so daß man mit Savigny behaupten dürfte, es habe dieses Princip für solche Rechtsregeln keine Geltung, welche das Dasein eines Rechtsinstituts zum Gegenstand haben.

Wenn z. B. ein neues Gesetz den Zehnten abschafft, so bedeutet dies allerdings nicht blos: es kann nun kein Zehntrecht mehr erworben werden, sondern es liegt darin offenbar auch eine Aufhebung aller bereits erworbenen Zehntrechte. Gleichwohl aber muß auch auf dieses Gesetz unser Princip in der Art angewendet werden, daß Klagen auf Leistungen, welche kraft eines jetzt aufgehobenen Zehentrechts vor Erlassung des Gesetzes fällig geworden waren, fortwährend zugelassen werden. Eine wirklich rückwirkende Kraft solcher Gesetze müßte die davon betroffenen Rechte rückwärts, nicht blos von jetzt an aufheben.

Die Wahrheit, welche jener Ansicht zu Grunde liegt, als seien die beiden Grundsätze der nicht rückwirkenden Kraft neuer Rechtsregeln und der regelmäßigen Unstatthaftigkeit ihrer Anwendung auf erworbene Rechte identisch, besteht darin. Es ist allerdings die ursprünglich allein denkbare, regelmäßige und daher auch stets zu vermuthende Bedeutung neuer Rechtsregeln, daß sie nur auf rein thatsächliche Vorgänge und Erscheinungen des Lebens gestaltend einwirken. Rechtsregeln aber, welche diese Bedeutung haben, lassen eben deshalb, wenn ihnen nach jenem ersten Grundsatz keine rückwirkende Kraft für vollendete juristische Thatsachen beigelegt wird, erworbene Rechte unberührt. Allein im Laufe der

Zeit und namentlich unter der Einwirkung außerhalb des Rechts liegender Principien entstehen auch Rechtssätze anderer Art, welche nicht blos auf einen reinen Thatbestand für sich, sondern auf die demselben bereits gewordene rechtliche Gestaltung abändernd einzuwirken bestimmt sind. Diese können dann nicht mehr so angewendet werden, daß dabei alle erworbenen Rechte unangetastet bleiben, wohl aber hat auch für sie der Grundsatz volle Geltung, daß sie nicht auf facta praeterita angewendet werden dürfen.

Es können solche Rechtsregeln namentlich auch in der Gestalt vorkommen, daß sie die Ausübung und Geltendmachung erworbener Rechte untersagen, ohne diese selbst darum aufzuheben.

Hat Jemand unter dem Einflusse einer damals geltenden Rechtsregel ein gewisses Recht erworben, so sind nun allerdings an sich auch alle Handlungen, welche in blosen Ausübungen dieses Rechts bestehen, erlaubte Handlungen, und ein neues Gesetz, welches blos diejenige Art von Rechtsgeschäften für ungültig erklärte, durch deren eines jenes Recht erworben wurde, könnte hieran nichts ändern. So wenig von nun an Rechte auf diese Weise mehr entstehen könnten, so wenig dürfte der Richter darum auch in der spätesten Zukunft Klagen auf Geltendmachung bereits vor der Publikation des neuen Gesetzes in der durch dasselbe verbotenen Weise erworbener Rechte abweisen. Das Dasein eines Rechts macht es aber nicht unmöglich, daß eine neue Rechtsregel seine Ausübung untersage, und wenn dies wirklich geschieht, so ist es nicht Anwendung des Gesetzes auf ein factum praeteritum, wenn nun Klagen nicht mehr zugelassen werden, welche eine Ausübung des Rechts bezwecken, wozu erst nach der Publikation des neuen Gesetzes die Zeit gekommen ist.

Ein Gesetz kann auch zugleich die neue Begründung gewisser Rechte untersagen und die fernere Ausübung schon

begründeter Rechte dieser Art verbieten; und Gesetze, welche das Maximum der bei Vertragszinsen zulässigen Procente herabsetzen, werden vermöge ihrer Motive in der Regel diese doppelte Bedeutung haben. Man wird dann hinsichtlich älterer Zinsverträge unterscheiden müssen zwischen den schon vor der Publikation des neuen Gesetzes verfallenen und den erst verfallenden Zinsen. Jene werden fortwährend zu dem ausbedungenen Betrage, diese nur mit Abzug eingeklagt werden können. Gerade so aber verfügt die vielbesprochene L. 27 C. de usuris (4, 32), welche ich für kein Ausnahmsgesetz, sondern nur für eine richtige Anwendung der eben aus der Natur der Sache entwickelten Grundsätze halte.

Was mir hauptsächlich einer wiederholten Erwägung bedürftig erscheint, ist die Anwendung unseres Princips auf neue Gesetze über Zeitwirkungen oder wie man sich gewöhnlich ausdrückt: Verjährungen.

Hat in bestimmten Fällen der Ablauf eines Zeitraums die Wirkung welche ihm durch ein Gesetz beigelegt war, schon vollständig hervorgebracht, als dieses Gesetz durch ein neues abgeändert wurde, so kann es nach unsrer obigen Erörterung keinem Zweifel unterliegen, daß auf jene Fälle das neue Gesetz keine Anwendung erleidet; das erworbene Recht muß ohne Rücksicht auf dasselbe fortwährend als bestehend, die verlorene Befugniß als erloschen behandelt werden.

Ist aber zur Entstehung oder Aufhebung eines Rechts durch Zeitablauf zwar der Grund gelegt, ehe das neue Gesetz in Kraft tritt, ohne daß jedoch die Entstehung oder Aufhebung schon zur Vollendung gekommen ist, so müssen sich offenbar Fragen über die Art der Anwendung unseres Princips erheben, welche sich nicht so schnell beantworten lassen.

Es kann wohl kein besserer Weg eingeschlagen werden, um uns diese Fragen erschöpfend zu vergegenwärtigen und zu ihrer Lösung zu gelangen, als wenn wir die hier mög-

lichen verschiedenen Fälle ganz in der gleichen Ordnung uns vor Augen stellen, in welcher Savigny dieselben betrachtet [3]).

1. Ein Gesetz hebt die Entstehung oder Endigung gewisser Rechte durch Zeitablauf ganz oder doch für bestimmte Fälle auf. Hier scheint es freilich von selbst klar, daß in diesen Fällen auch ein schon seit einiger Zeit bestehender Zustand, dessen längere Fortdauer nach dem bisherigen Gesetze ein Recht erzeugt oder vernichtet hätte, dies nunmehr selbst bei der längsten Dauer nie bewirken kann.

2. Ein Gesetz führt die Entstehung oder Endigung gewisser Rechte durch Zeitablauf wenigstens für bestimmte Fälle neu ein. Hier regt sich der Zweifel, ob die Zeittheile, während welcher der entscheidende Zustand bisher schon bestanden hat, in die Ersitzungs- oder Verjährungszeit einzurechnen sind, oder nicht, aber wir werden uns leicht für das Zweite entscheiden.

3. Ein Gesetz hebt eine bisher geltende Art der Unterbrechung auf, oder führt eine neue ein. Hier erscheint es wieder als von selbst klar, daß dieses Gesetz auch auf laufende Verjährungen anzuwenden ist, soweit für diese dergleichen nicht mehr oder neuerdings unterbrechende Thatsachen von jetzt an eintreten.

4. Ein Gesetz fordert längere Dauer des die Entstehung oder Endigung eines Rechts bedingenden Zustandes, als das bisher geltende Recht. Die sofortige Anwendbarkeit des Gesetzes auf bereits bestehende Zustände dieser Art ist unzweifelhaft, aber zweifeln kann man auch hier darüber, ob die seit ihrer Entstehung bereits abgelaufene Zeit einzurechnen sei oder nicht?

5. Ein Gesetz knüpft dieselbe Wirkung an eine kürzere Dauer des bestimmten Zustandes.

In diesem Fall ist es am augenscheinlichsten, daß man

3) A. a. O. S. 429 ff.

sich bei Anwendung unseres Princips auf neue Gesetze über Zeitwirkungen der Rücksicht auf die bisherige Dauer eines durch Zeitablauf Rechte erzeugenden oder aufhebenden Zustandes nicht ohne weiteres entschlagen kann. Denn nehmen wir an, für eine bisher erst in 30 Jahren verjährende Klage würde eine Verjährung von 5 Jahren eingeführt, es hätte aber Jemand eine solche Klage schon seit 29 Jahren anstellen können, so würde er, wenn wir auf die bisherige Dauer seiner Unthätigkeit keine Rücksicht nehmen wollten, nun die Anstellung der Klage im Ganzen 34 Jahre können anstehen lassen, während doch das Gesetz vielmehr zur Beschleunigung der Anstellung solcher Klagen antreiben will.

Sollen wir nun aber blos unser Gefühl darüber entscheiden lassen, ob und in wie weit hier eine Berücksichtigung der seit der Entstehung eines solchen Zustandes bereits abgelaufenen Zeit einzutreten habe, oder läßt sich ein sicheres Princip dafür auffinden?

Mir scheint sich dieses Princip ganz einfach daraus zu ergeben, daß sich der Inhalt solcher Gesetze meist in zwei Bestandtheile muß auflösen lassen, wovon der eine das bisherige Gesetz bejaht, der andere es verneint. Hieraus ergibt sich, daß dann ein solches Gesetz eigentlich immer theilweise bisher schon bestanden hat, insofern nämlich das alte Gesetz mit jenem ersteren Bestandtheil des neuen identisch war. So weit also dann das neue Gesetz einen concreten in Frage stehenden Zustand auf diese Weise wirklich schon im alten beherrscht hat, ist darauf natürlich nun ohne Verletzung unseres Princips Rücksicht zu nehmen; aber auch nur so weit. Gar nicht also, wenn das neue Gesetz eine reine Verneinung der bisher geltenden Rechtsregel ist.

Betrachten wir uns nun im Lichte dieses Princips wiederholt die oben aufgezählten einzelnen Fälle, so erhalten wir folgende Ergebnisse.

Im ersten, zweiten und dritten Fall ist die dort

auf das Gefühl hin als entschieden angenommene Behandlung auch nach dem jetzt gewonnenen Princip richtig; denn die neue Rechtsregel ist eine reine Verneinung der alten.

Im vierten Fall ist das Verhältniß beider Rechtsregeln zu einander folgendes. Die neue bejaht vom Inhalte der alten so viel, daß Fortdauer des bestimmten Zustandes das fragliche Recht hervorbringe oder aufhebe; sie verneint nur, daß die durch die alte Regel festgesetzte Zeit der Fortdauer dazu hinreiche. Es ist also keine Rückanwendung des neuen Gesetzes, das z. B. eine Ersitzungs- oder Klagenverjährungsfrist von 5 auf 10 Jahre erhöht, wenn man annimmt, daß die bereits bis zur Publikation des Gesetzes 4 Jahre besessene Sache nun durch 6jährige, nicht erst durch 10jährige Fortsetzung des Besitzes erworben werde, die Klage, welche seit 4 Jahren angestellt werden konnte, in 6 Jahren verloren gehe. Insoweit hierdurch das neue Gesetz auf einen vergangenen Zustand angewendet wird, beherrschte es denselben bereits im alten Gesetz. Insofern das alte der Dauer jenes Zustands überhaupt rechtliche Wirkung beilegt, ist es durch das neue nicht aufgehoben worden.

Wie ist es nun aber im fünften Fall? Nehmen wir zuerst an, ein neues Gesetz setze die Zeit für Ersitzung eines Rechts oder Verjährung einer Klage von 10 auf 5 Jahre herab. Beide Gesetze stimmen darin überein, daß zehnjähriger Besitz oder zehnjährige Unthätigkeit in Beziehung auf Anstellung der Klage Erwerbung des Rechts, Verlust der Klage zur Folge habe. Das neue Gesetz bejaht, daß 10 Jahre hinreichend, es verneint nur, daß sie nöthig seien. Umgekehrt verneint das alte Gesetz nicht, daß 5 Jahre nöthig, sondern nur daß sie hinreichend seien. Es muß also das neue Gesetz auf die bereits abgelaufene Besitz- oder Unthätigkeitszeit in der Art angewendet werden, daß nicht mehr gefordert wird, als eine Ergänzung derselben bis zu einem Zeitraum von 10 Jahren, aber auch nicht weniger,

als entweder 10jährige Dauer des entscheidenden Zustandes im Ganzen, oder volle 5jährige Dauer desselben unter der Herrschaft des neuen Gesetzes. Z. B. der Besitz hat schon 7 Jahre gedauert; die Annahme, daß die Ersitzung vollendet sei, wäre unstatthafte Rückanwendung des neuen Gesetzes; es muß fortwährend für jene 7 Jahre nach der alten Regel gelten, daß sie nicht hinreichend waren. Dagegen läge in der Annahme der Nothwendigkeit eines von nun an noch 5 Jahre dauernden Besitzes eine Verkennung des Umstands, daß in Beziehung auf das Genügen eines 10jährigen Besitzes gar keine Rechtsänderung eingetreten ist. Hat der Besitz dagegen nur 4 Jahre gedauert, so muß er jetzt noch volle 5 Jahre dauern; das Erforderniß 5jähriger Dauer im Gegensatz zum Erforderniß 10jähriger Dauer ist eine wirkliche Neuerung, welche nur auf einen ganz unter die Herrschaft der neuen Regel fallenden Zustand, nicht auf einen ihm vorausgegangenen angewendet werden kann.

Savigny erreicht freilich dasselbe praktische Resultat, indem er grundsätzlich dem Erwerber die Wahl läßt, ob er das alte Gesetz anwenden will, oder das neue, im letzten Fall aber ihn den Zeitraum erst berechnen läßt von dem Erlaß des neuen Gesetzes an, so daß er die bereits abgelaufene Zeit nicht mit einrechnen dürfe. Allein der Grundsatz selbst, Jemanden die Wahl zwischen Anwendung eines abgeschafften oder eines geltenden Gesetzes auf seine Rechtsverhältnisse zu lassen, scheint mir nicht gebilligt werden zu können. Gesetze dieser Art sind nicht Dispositivgesetze; ihre Anwendung kann daher unmöglich von dem Willen eines Betheiligten abhängig gemacht werden.

Reine Willkühr ist die von Andern (z. B. Bergmann und Vangerow) vorgeschlagene proportionelle Berechnung. Sich selbst widersprechend endlich ist Puchtas Behandlung unseres Falles, wenn er[4]) sagt: „Die Anwendung des

4) Vorlesungen Bd. 1. §. 111 Nr. 2.

neuen Gesetzes hat eine Schranke in einem andern Princip, das bei der Entscheidung eine Stimme hat. Jura quaesita sind stets facta praeterita, die durch Anwendung des Gesetzes nicht geschmälert werden dürfen. Daher schadet eine kürzere Verjährungsfrist dem Kläger nicht (wenn der Gesetzgeber nicht selbst etwas Anderes verordnet hat), denn er hat eine Klage mit dieser Dauer erworben (außerdem wäre das widersinnige Resultat möglich, daß die Klage im Moment des Gesetzes schon verjährt wäre). Aber nur dies ist die Schranke, wo sie nicht im Weg steht, findet das Gesetz Anwendung, z. B. bei einer kürzeren Usucapionszeit zum Nachtheil des Eigenthümers.'' Ich nenne diese Entscheidung eine sich selbst widersprechende; denn wenn es den Kläger schützt, daß er eine Klage mit dieser (z. B. 30jährigen) Dauer erworben hat, warum sollte es den Eigenthümer nicht schützen, daß er im Eigenthum ein Recht von an sich unbeschränkter, ewiger Dauer erworben hat?

Zum Schlusse möge noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß eine Rechtsänderung dieser Art auch darin bestehen kann, daß blos die Wirkung, welche die Dauer eines gewissen Zustandes haben soll, erhöht oder erniedrigt wird; z. B. 30jährige bonae fidei possessio ohne justus titulus soll nicht mehr blos Verjährung der Eigenthumsklage, sondern Eigenthumserwerb, oder nicht mehr Eigenthumserwerb, sondern blose Verjährung der Eigenthumsklage bewirken. Ein solches Gesetz ist immer sofort auf unvollendete Zustände so anzuwenden, daß die bisher abgelaufene Zeit eingerechnet wird. Beide Gesetze stimmen darin überein, daß durch die bestimmte Dauer des Zustandes Verjährung der Eigenthumsklage bewirkt wird. Das Hinzukommen oder Nichthinzukommen des Eigenthumsverlustes und Eigenthumserwerbs, worüber sie von einander abweichen, soll Folge des Ablaufs der Zeit, also einer künftigen Thatsache sein, welche ganz unter die Herrschaft des neuen Gesetzes fällt.

VII.

Compensation.

So viel auch über die Compensation von jeher und besonders in den letzten Jahrzehnten geschrieben worden ist, so kann ich doch diesen Gegenstand noch keineswegs als erschöpft und neue Untersuchungen darüber als entbehrlich betrachten.

Die treffliche Schrift meines Kollegen und Freundes Brinz [1]) scheint mir in Beziehung auf die Geschichte dieser Lehre insofern Epoche zu machen, als ich es für einen sichern Gewinn ansehe, daß sie eine zwischen Gajus und Paulus eingetretene Verallgemeinerung des agere cum compensatione annimmt und nachweist, wie man dem Rescript des K. Marcus, wovon die bekannte Institutionenstelle (§. 30. I. de actionib.) spricht, unmöglich die Bedeutung beilegen könne, als sei dadurch bei strengen Klagen eine Compensation per exceptionem (doli) eingeführt worden. An diesen Punkten halte auch ich fest; allein indem ich von ihnen ausgehe, komme ich zum Theil zu ganz anderen Ergebnissen, als Brinz, wie aus der nun folgenden Ausführung von selbst erhellen wird, in der ich aber nach dieser Vorbemerkung nicht noch besonders hervorheben zu müssen glaube, wie weit meine Auffassung der Geschichte des Compensationsrechts eine eigenthümliche ist, oder sich nur auf die Darstellung von Brinz stützt.

Jede Obligation läßt eine doppelte Betrachtungsweise zu, wovon man die eine die juristische nennen kann, die an-

---

[1]) Die Lehre von der Compensation (1849).

dere die natürliche, oder die ökonomische. Nach jener ist sie ein Recht des Gläubigers an einer Handlung des Schuldners, eine Erweiterung der persönlichen Freiheit des Erstern, bedingt durch die gleiche Beschränkung der Freiheit des Letztern. Nach der natürlichen (ökonomischen) Betrachtungsweise dagegen ist sie ein Verhältniß zwischen dem beiderseitigen Vermögen des Gläubigers und des Schuldners, das jenes um die gleiche Größe vermehrt, um welche es dieses vermindert. Für eine Obligation, welche 10,000 zum Gegenstand hat, ist der juristische Ausdruck: Numerium Negidium Aulo Agerio X milia dare oportet, d. h. A. A. hat das Recht, den N. N. zum Geben von 10,000 zu zwingen. Der natürliche (ökonomische) Ausdruck würde der sein: N. N. ist dem A. A. 10,000 schuldig (X milia debet); indem A. A. von N. N. 10,000 zu fordern, Dieser Jenem 10,000 zu zahlen hat, hat A. A. 10,000 mehr, N. N. 10,000 weniger im Vermögen, als Beide im Vermögen zu haben scheinen und — blos auf die Eigenthumsrechte gesehen — wirklich haben. Entsteht nun eine Gegenforderung des N. N. gegen A. A. auf 5000, so bleibt es fortwährend ebenso wahr, Numerium Negidium Aulo Agerio X milia dare oportere, als es wahr ist, Aulum Agerium Numerio Negidio V milia dare oportere; als Rechtsverhältnisse berühren sich Forderung und Gegenforderung an und für sich nicht. Aber als Vermögensverhältnisse wiegen sich beide gegenseitig bis zum gleichen Betrag auf; N. N. ist jetzt dem A. A. nur noch 5000 schuldig, A. A. dem N. N. nichts; wenn über die beiderseitigen Vermögensbestände Inventarien aufgenommen würden vor und nach Entstehung der Gegenforderung, so würde das neuere Inventarium über den Vermögensbestand des A. A. an Activis, wie das neuere Inventarium über den Vermögensbestand des N. N. an Passivis 5000 weniger, als das ältere enthalten. Die Gegenforderung hat auf die Forderung immer eine quantitative Einwirkung, nie aber an sich eine juristische.

Nach der Regel des römischen Rechts besitzen Obligationsgründe nur das Vermögen, einseitige Schuldverhältnisse zu erzeugen, d. h. solche, wobei der Gläubiger ein für allemal blos Gläubiger, der Schuldner blos Schuldner sein kann; nach ihr kann ein Gläubiger nur kraft eines neuen, anderen, selbstständigen Obligationsgrundes (ex alia causa) Schuldner seines Schuldners werden; Forderungen und Gegenforderungen zwischen denselben Personen sind nach der Regel des römischen Rechts nothwendigerweise gesonderte Schuldverhältnisse verschiedenen Ursprungs. Von dieser Regel aber machen diejenigen Obligationen eine Ausnahme, welche aus bonae fidei negotiis entspringen. Hier muß oder kann doch wenigstens der gleiche Obligationsgrund gegenseitige Forderungen der beiden (oder mehreren) Obligationssubjekte erzeugen. Sobald und so lange aber in einer solchen Obligation sich gegenseitige Forderungen dieser Art, Forderungen und Gegenforderungen ex eadem causa gegenüberstehen, sind sie mit einander verwachsen, wie Glieder eines Leibes; eine Forderung geltend zu machen ohne Rücksicht auf die aus demselben Grunde entsprungene Gegenforderung, wäre gegen die bona fides. Der Richter, welcher durch die Formel der mandati actio directa angewiesen ist, zu erkennen, quidquid paret N. N. Ao. Ao. dare oportere ex fide bona, kann, wenn N. N. dem A. A. 1000 und A. A. dem N. N. 100 aus dem Mandat schuldet, nicht aussprechen, N. N. Ao. Ao. M dare oportere, sondern nur DCCCC dare oportere. Die bona fides erheischt es, daß hier die quantitative Einwirkung der Gegenforderung auf die klägerische Forderung, das gänzliche oder theilweise Aufgewogensein der letztern durch die erstere, auch rechtliche und richterliche Berücksichtigung finde, wie §. 30 I. de act. (4, 6.) sagt:

> In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, (um nun mit des Gajus Worten (IV. §. 61.) selbst fortzu-

fahren:) habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportere paret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare.

Hier haben wir den Ursprung und das echte Wesen der Compensation. Ihr Ursprung liegt in dem jus singulare der bonae fidei negotia, in der nothwendigen oder doch möglichen Gegenseitigkeit der aus ihnen entspringenden Obligationen, kraft welcher Gegenforderungen ex eadem causa nur Glieder eines Ganzen mit den Forderungen sind. Das echte Wesen der Compensation besteht darin, daß der Richter den Kläger wegen einer Gegenforderung des Beklagten nicht abweist, sondern nur die Verurtheilung des Beklagten auf so viel beschränkt, als die Forderung die Gegenforderung überwiegt.

Es ist einleuchtend, daß es dazu keiner besondern Ermächtigung des judex durch den magistratus in der Formel des bonae fidei judicium bedurfte, sondern daß dies von selbst in seinem officium lag. Ich glaube, was ich an einem andern Ort zu begründen mir vorbehalte, daß Gajus IV. §. 63. so geschrieben hat:

> Tamen judici nullam licere videtur compensationis rationem habere (d. h. nur in reliquum condemnare), nisi ei ipsis formulare verbis praecipitur. Sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur ideo officio ejus contineri videtur.

Dieses ursprüngliche Compensationsrecht, wie es bei bonae fidei obligationes stattfindet, ist also das Recht, richterliche Berücksichtigung der quantitativen Einwirkung, welche die Gegenforderung auf die Forderung hat, durch Verurtheilung auf den blosen Ueberschuß zu fordern. Von einer quantitativen Einwirkung der Gegenforderung auf die Forderung kann aber eigentlich nur die Rede sein, wenn beide auf ganz gleichartige Quantitäten gehen, also nicht, wenn die Forderung auf Restitution eines deponirten Pferdes und die Gegenforderung auf Ersatz der Futterkosten geht.

Allein die condemnatio aus der Forderung ist immer pecuniaria im alten Recht, und ebenso hat der Richter bei Berücksichtigung der Gegenforderung ihren Gegenstand auf eine Geldsumme zurückzuführen; Forderung und Gegenforderung sind hier also für den Richter zuletzt immer Geldforderungen, mithin Forderungen auf ganz gleichartige Quantitäten. Das Compensationsrecht kann daher hier von dieser Seite keiner Beschränkung unterliegen.

Bei den Obligationen, welche unter der Regel des Rechts stehen, bei den stricti juris obligationes, kann der Richter nicht compensationis rationem habere, oder überhaupt auf eine Gegenforderung irgend wie Rücksicht nehmen, wenn es ihm nicht durch eine besondere Einrichtung der Formel vorgeschrieben ist. In zwei besondern Fällen indessen erhielt in der That die Formel eine solche Einrichtung, jedenfalls zur Zeit des Gajus und wohl schon lange vor ihm, nämlich 1) wenn ein argentarius gegen einen seiner Geschäftsfreunde, und 2) wenn ein bonorum emtor gegen einen Schuldner des Cridars klagte. Wir wollen was Gajus über beide Fälle sagt, mit aller Sorgfalt betrachten, indem wir ihm Schritt vor Schritt folgen.

Ueber den ersten Fall bemerkt er im §. 64. folgendes:

> Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur: nam is cogitur cum compensatione agere, id est ut compensatio verbis formulae comprehendatur.

Der argentarius klagt immer aus einer obligatio literis contracta, also aus einer streng einseitigen Obligation; hier liegt das compensationis rationem habere nicht im officium judicis; hier hat es eine andere Bewandniß („alia causa est"); der argentarius muß klagen cum compensatione, er muß seine Klagformel so einrichten, daß der Richter dadurch ausdrücklich zur Compensation angewiesen wird, wenn er nur in reliquum verurtheilen soll. Dazu wird aber auch der argentarius gezwungen:

itaque argentarius ab initio, compensatione facta, minus intendit sibi dare oportere;

der argentarius muß die Gegenforderung des Beklagten von seiner Forderung abziehen und von vornherein, nicht erst in der pars formulae, welche condemnatio heißt, um so viel weniger fordern:

ecce enim si sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debeat Titius, ita itendit: Si paret, Titium sibi X milia dare oportere amplius, quam ipse Titio debet.

Er soll nicht sagen müssen, daß ihm Titius nur 10,000 schulde; denn wenn er überhaupt Recht hat, so ist es ja ungeachtet der Gegenforderung des Titius von 10,000 fortwährend wahr, daß Titius ihm 20,000 schuldet. Aber er soll auch nicht schlechthin behaupten dürfen, Titius schulde ihm 20,000; sondern er soll sagen, Titius schulde ihm 10,000 mehr, als er selbst dem Titius schulde. Natürlich kann nun auch der Richter nur angewiesen werden auf 10,000 zu verurtheilen, wenn er nicht, weil dem Kläger sein Beweis mißlingt, ganz zu absolviren hat.

(§. 65.) Item et bonorum emptor cum deductione agere debet, id est, ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur.

Der bonorum emtor richtet seine Intentio auf die volle Forderung des defraudator, in dessen Namen er klagt, gegen den Beklagten, aber er läßt den Richter in der condemnatio anweisen nur auf den Ueberschuß zu verurtheilen, der sich nach Abzug der Gegenforderung des Beklagten an den defraudator ergeben wird; er klagt nicht cum compensatione (mit einer Compensation, die er selbst macht), sondern so, daß er den Richter anweisen läßt, seiner Klage bloß so weit durch Verurtheilung Folge zu geben, als derselbe bei einer Abrechnung des Betrags der Gegenforderung vom Betrag der Forderung einen Ueberschuß finden wird.

Ziehen wir nun hier gleich herbei, was Gajus am Schlusse des §. 68 sagt:

deductio ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emtore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit,

so werden wir wenig irren können, wenn wir uns die Klagformel des bonorum emtor etwa so gefaßt denken: si paret, Numerium Negidium Lucio Titio (defraudatori) X milia dare oportere, judex N. N. Ao. Ao. (bonorum emtori) eorum X milium quantum superest deducto quidquid Lucius Titius No. No. debet, condemna si non paret, absolve.

Aus den §§. 66 und 67 erfahren wir folgende Verschiedenheiten zwischen dem agere cum compensatione, des argentarius und dem agere cum deductione des bonorum emtor. Während jenes Gleichartigkeit der Gegenstände beider Forderungen und Fälligkeit der Gegenforderung voraussetzte, trat dieses dagegen auch ohne jene beiden Erfordernisse ein. Im §. 68 erörtert Gajus, daß nur bei der actio cum compensatione, nicht auch bei der actio cum deductione dem Kläger ein plus petendo causa cadere begegnen konnte.

Warum nun eben in diesen beiden Fällen schon zur Zeit des Gajus Compensation in strictis judiciis zugelassen und gerade durch diese Einrichtung der Formeln vermittelt wurde, dafür sind wir bei dem gänzlichen Stillschweigen unsers Autors auf blose Vermuthungen verwiesen. Solche bieten sich uns aber von selbst und zwar in ziemlich sicherer Weise dar.

Es war natürlich, die Gesammtheit der gegenseitigen Forderungen zwischen einem Argentarius und einem bestimmten Geschäftsfreunde desselben, das Geschäftsverhältniß selbst, in dem sie miteinander standen, und woraus eben jene einzelnen gegenseitigen Forderungen entsprungen waren, als eine Einheit aufzufassen und zu behandeln; diese waren in-

sofern, obschon nicht formell, so doch materiell Obligationen ex eadem causa [2]). Es mußte also dem von dem Argentarius mit einer condictio belangten Geschäftsfreunde desselben zustehen, gleich in jure zu verlangen, daß im judicium das ihm gegenüber bestehende Schuldverhältniß und die darin liegende quantitative Erleichterung seiner Schuld berücksichtigt werde, wie wenn das ganze Geschäftsverhältniß zwischen ihm und dem Kläger eine bonae fidei obligatio wäre. Dies geschah aber, wenn dem judicium der Charakter eines strengrechtlichen nicht benommen werden sollte, am passendsten, indem die Formel so eingerichtet wurde, wie es Gajus hier beschreibt. Wir müssen uns erinnern, daß hier die beiderseitigen Obligationen immer als literarum obligationes, folglich als certae obligationes zu denken sind. Waren sie dies nun in der Art, daß beide auf bestimmte Quantitäten ganz gleichartiger Sachen giengen, und war die Gegenforderung bereits fällig, so konnte zwar der Argentarius, wenn er die letztere unbedingt zugestehen wollte, seine Intentio in gewöhnlicher Weise einfach auf den Mehrbetrag seiner Forderung richten. Konnte oder wollte er aber die angebliche Gegenforderung nicht zugestehen, und dies ist doch wohl als der regelmäßige Fall zu denken, so mußte die Intentio eine Fassung erhalten, wodurch die Gegenforderung ausdrücklich zum Gegenstand des richterlichen Erkennens gemacht wurde. Dies geschah, wenn der Argentarius intendirte: si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius, quam ipse Titio debet [3]). Auf Grund dieser Intentio hatte nun der Richter erst zu untersuchen, ob Titius dem Kläger 20,000 schuldig

---

[2]) Vergl. H. Dernburg über die Bonorum Emtio (1850) S. 147. Anm. 14.

[3]) Ich vermuthe zwar, daß diese Lesart unsrer Ausgaben nicht ganz richtig ist, und Gajus vielmehr geschrieben hat: quam ipsum Titio dare oportere, will aber, um jetzt den Gang der Untersuchung nicht zu stören, die Begründung dieser Conjektur einem andern Ort vorbehalten.

sei, dann aber auch, ob der Kläger dem Titius 10,000 schulde. Waren beide Fragen zu bejahen, so erfolgte die Verurtheilung des Titius zu 10,000, war die erste Frage zu verneinen, Freisprechung des Titius. War die erste Frage zu bejahen, die zweite zu verneinen, so erfolgte nun zwar auch für jetzt nur Verurtheilung des Titius zu 10,000, aber zu Grunde lag nun dieser Sentenz ein wenigstens stillschweigend gefälltes Erkenntniß, wenn nicht eine förmliche pronuntiatio, daß Titius dem Kläger 20,000 schulde, worauf jetzt Letzterer die Nachforderung von 10,000 stützen konnte, gewiß ohne, selbst wenn er inter ejusdem praeturam klagte, die exceptio litis dividuae fürchten zu müssen[4]); denn er hatte ja eben gleich die vollen 20,000 einklagen wollen. Wollte der Argentarius die Gefahr des plus petendo causa cadere wagen, so konnte er auch dem Compensationsbegehren des Beklagten auf eine lediglich formelle Weise sich fügen, indem er, die von ihm bestrittene Gegenforderung gleich Null anschlagend, intendirte: si paret Titium sibi XX milia dare oportere amplius quam rel., obgleich er selbst überhaupt nur 20,000 fordern wollte und Titius eine Gegenforderung von 10,000 behauptete. Gelang es aber dem Letztern, seine Behauptung zu beweisen, so trat dann ein, was Gajus im §. 68 sagt:

> si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadit et ob id rem perdit.

Es drängt sich hier unwillkührlich die Frage auf, ob der Argentarius, wenn er die Gegenforderung ganz bestritt, nicht auch das compensationem facere, wie es Gajus hier nennt, oder das agere cum compensatione, d. h. diese eigenthümliche Conception der Intentio ganz verweigern und darauf beharren konnte, einfach zu intendiren: si paret Titium sibi XX milia dare oportere? Diese Frage ist, glaube ich, zu verneinen. Wenn der Beklagte eine fällige Gegenfor-

---

[4]) Vergl. Gaj. IV. §. 56. 122.

derung auf gleichartige Quantitäten vorschützte, so gab der Prätor wohl nur eine formula cum compensatione, worin er jedoch den Ansatz der Zahl der Willkühr des Klägers überließ; eine actio sine compensatione wurde denegirt.

Daß ein viel weniger beschränktes, ja im Grunde unbeschränktes Compensationsrecht dem vom bonorum emtor belangten Massaschuldner eingeräumt wurde, hatte ohne Zweifel in folgender Erwägung seinen Grund. Der bonorum emtor konnte von den Gläubigern des Ueberschuldeten nur zu den von ihm gebotenen Procenten belangt werden, während er selbst dessen Schuldner in solidum belangen konnte. Diese Verschiedenheit war vollkommen billig, wenn Gläubiger und Schuldner des Ueberschuldeten ganz verschiedene Personen waren. War aber Jemand zugleich Gläubiger und Schuldner desselben, so mußte es als unbillig erscheinen, daß er vom bonorum emtor in solidum belangt werden, selbst aber von ihm nur die Hälfte oder vielleicht eine noch geringere Quote seiner Forderung sollte erlangen können. Das einfachste war, ihm zuzugestehen, daß er, vom bonorum emtor in solidum belangt, diesen zwingen dürfe, in die Klagformel eine Anweisung an den Richter aufnehmen zu lassen, wornach dieser bei Festsetzung der Condemnationssumme von dem intentionsmäßigen Betrag derselben den Betrag der Gegenforderung abziehe. Diese Form war hier nothwendig, weil da nur zufälligerweise die beiderseitigen Forderungen auf bestimmte Quantitäten gleichartiger Sachen gingen, so daß also häufig vor Allem erst durch richterliche aestimatio beide auf Geldsummen zu reduciren, und bei betagten Gegenforderungen auch wohl erst noch die Zwischenzinsen zu berechnen waren, wo denn überall ein compensationem facere in intentione, wie bei der Klage des Argentarius unthunlich gewesen wäre.

Im Judicium galt es nun hier zuerst festzustellen, ob und wie viel der Beklagte dem defraudator, dann ob und wie viel dieser dem Beklagten schulde. Ergab sich die Ge-

genforderung als unbegründet, während die Forderung begründet war, so erlangte der Kläger nun sogleich eine condemnatio in solidum, es war keine Nachforderung, wie beim Argentarius nöthig. Von einem plus petendo causa cadere konnte hier nur dann die Rede sein, wenn der Kläger in einer certa intentio zu viel angesetzt hatte.

Indem nun aber das agere cum compensatione und das agere cum deductione von Gajus entschieden als blose, auf diese besonderen Fälle beschränkte Ausnahmen dargestellt werden, ergibt sich eben dadurch von selbst als Regel für seine Zeit: compensatio in judicio ex alia causa findet nicht Statt.

Der reinen Rechtsfolgerichtigkeit (der ratio juris) ist dies auch offenbar vollkommen gemäß, wie nach den Eingangs von uns angestellten Erwägungen nicht weiter ausgeführt zu werden braucht. Eine gewisse Unbilligkeit aber liegt allerdings darin[5]), wenn z. B. der Gläubiger A, welcher von B aus einem Darlehen 5000 zu fordern hat, während er demselben einen Kaufschilling von 4000 schuldet, den B nöthigen will, vielleicht mit großen Schwierigkeiten 5000 aufzubringen, oder mit Kosten in weite Ferne zu schaffen, statt mit ihm abzurechnen, sich über 4000 quittiren zu lassen und mit einer von B weit leichter zu beschaffenden Zahlung von 1000 zu begnügen, da doch das letztere für B vortheilhafte Verfahren ihm selbst keinen Nachtheil bringt.

Es kann daher nur unserer Erwartung gemäß sein, wenn wir mindestens schon bei Julian eine ganz bestimmte Andeutung finden, daß unter solcher Voraussetzung dem Beklagten eine exceptio doli zustund. Ich meine die Worte der L. 2 D. de compens. (16, 2):

> Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

---

[5]) Vergl. Brinz a. a. O. §. 27. S. 79 ff.

Der von seinem Schuldner belangte Gläubiger kann, wenn er seinerseits sich zur Compensation bereit erklärt, gänzliche Abweisung des Klägers verlangen, indem er excipirt; si nihil dolo malo actoris factum sit, neque fiat. Es stellt sich als eine Unbilligkeit dar, wenn es sich ergibt, daß der Kläger selbst Schuldner des Beklagten war, und auf dessen Compensationsbegehren nicht eingehen wollte; davon ist es aber nun nach der Fassung der Formel unausweichliche Folge, daß der Beklagte völlig freigesprochen wird, mag auch der Mehrbetrag der Forderung des Klägers über den der seinigen noch so groß sein.

Nachdem jedoch dieser Grundsatz anerkannt war, konnte auch in bonae fidei judiciis das compensationis rationem habere sich nicht mehr wohl auf Gegenforderungen ex eadem causa beschränken, und da exceptio doli bonae fidei judicio inest, so mußte hier das Compensationsbegehren auch ohne einen besondern Zusatz in der Formel und folglich mit der Wirkung bloser Beschränkung der Condemnation (statt völliger Absolution) geltend gemacht werden können. Daß dies nicht schon zu Gajus Zeit gegolten habe, wird keineswegs dadurch bewiesen, daß er bei der compensatio in bonae fidei judiciis von eadem causa spricht. Denn er redet hier eben nur von jener ursprünglichen Compensation, welche auf Treu und Glauben, auf der Eigenthümlichkeit der bonae fidei negotia, nicht auf bloser Billigkeit beruht, und für diese ist allerdings der gemeinsame Ursprung der Gegenforderung mit der Forderung wesentliche Bedingung.

Ergänzen wir denn auf diese Weise in Gedanken die oben näher erwogenen Bemerkungen des Gajus, so haben wir das vollständige Bild des unter K. Marcus geltenden Compensationsrechts vor Augen. Von diesem aber berichtet uns Justinian (§. 30. I. de act. 4, 6) folgendes. Nachdem er (wohl so ziemlich mit Gajus' Worten) gesagt hat:

In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat eo compensato, in reliquum ei is, cum quo actum est condemnari debeat

fährt er dann unmittelbar hierauf so fort:

sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.

Was soll das heißen?

Daß der mit einer condictio Belangte ein Compensationsrecht durch exceptio doli geltend machen dürfe, brauchte Marcus nicht erst einzuführen. Aber dies könnte auch in der That gar nicht eine compensatio in strictis judiciis genannt werden. Justinian hat es selbst in den unmittelbar vorhergehenden Worten gesagt, was unter compensatio in judicio zu verstehen sei: Verurtheilung auf so viel weniger, als die Gegenforderung beträgt, wie dieses vor jenem Rescript des Marcus nur im bonae fidei judicium, bei der Klage des argentarius und des bonorum emtor vorkam. Der Sinn unserer Stelle kann also kein anderer sein, als der:

ein Rescript des K. Marcus führte ein, daß auch bei gewöhnlichen strengen Klagen auf Vorschützung des Einwands der Unredlichkeit nicht mehr gänzliche Abweisung des Klägers, sondern Verurtheilung des Beklagten auf den Ueberschuß der Schuld über seine Gegenforderung erfolge.

Schon Theophilus, der doch höchst wahrscheinlich das Rescript des K. Marcus oder wenigstens genaue Angaben seines Inhalts vor sich hatte, gibt uns denselben in seiner Paraphrase zu dieser Stelle genau so an, wie er sich uns so eben als nothwendiges Resultat der einfachsten und unbefangensten Interpretation dargeboten hat:

διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως, ἥτις φησὶν, ἐναγόμενόν με στρίκτα ἀγωγῇ περὶ ι νομισμάτων καὶ ἀντεποφειλόμενον ε, δύνασθαι ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφήν. καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς, χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ δέξασθαι τὴν κομπεσσατίωνα, καὶ εἰς ε μόνα καταδικάσαι νομίσματα.

Aber Theophilus mußte bei den Neueren schlechterdings Unrecht haben; denn es ist ja unmöglich, daß die exceptio doli etwas Anderes zur Folge habe, als gänzliche Abweisung des Klägers.

Freilich muß sie diese bewirken, wenn sie einmal in die vom Kläger angenommene Formel eingerückt ist. Allein muß denn opposita doli mali exceptio schlechterdings dies bedeuten; kann es denn nicht auch blos das Vorbringen des Einwands der Unredlichkeit in jure, vor Abfassung und Ertheilung der Formel bezeichnen?[6]) Und kann denn nun nicht der eigentliche Sinn des Rescripts der sein: wenn der Beklagte diesen Einwand vorgebracht hat, so soll eben nun keine exceptio doli in die Formel gesetzt, sondern es soll dieser eine solche Einrichtung gegeben werden, daß der Richter, wenn er den Compensationsanspruch begründet findet, den Kläger nicht abweisen muß, sondern nur seine Verurtheilung auf ein Minderes zu beschränken hat?

---

[6]) In der That ist diese Bedeutung von exceptionem opponere diejenige, welche am nächsten liegt. Jedenfalls bedeutet exceptio in dieser Verbindung die Einrede im materiellen Sinn des Wortes; eine exceptio im formellen Sinn, d. h. als Beschränkung des in der Formel an den Judex gerichteten Condemnationsbefehls muß erwirkt werden dadurch, daß in jure die Einrede im materiellen Sinn des Worts vorgeschützt wird, daß also „exceptio opponitur" in dem Sinn, in welchem es eben nach meiner Ansicht in dieser Stelle zu verstehen ist. So wie hier „opposita doli mali exceptione" gewöhnlich verstanden wird, muß man eine Wirkung des exceptionem opponere hinzu denken, welche keineswegs eine nothwendige Folge davon ist, da sie ja erst noch eine impetratio exceptionis zu ihrer Verwirklichung bedürfte.

Welches diese Einrichtung aber sein sollte, das springt nun wohl Jedem von selbst in die Augen; entweder die, welche bisher nur die Klage des argentarius, oder die, welche bisher nur die Klage des bonorum emtor im Fall einer Compensationseinrede des Beklagten erhalten hatte; war Forderung und Gegenforderung von Kläger und Beklagtem beiderseits als ein certum angegeben, so erhielt die Formel die Fassung einer actio cum compensatione, außerdem die einer actio cum deductione. Im erstern Fall konnte es nun auch hier vorkommen, daß der Kläger zwar formell cum compensatione klagte, gleichwohl aber totum petebat, indem er seine ganze Forderung als Ueberschuß bezeichnete, die Gegenforderung gleich Null anschlagend, was dann ein plus petendo causa cadere zur Folge haben mußte.

So erklärt sich nun von selbst die bekannte Stelle des Paulus (Rec. Sent. II. 5 §. 3):

> Compensatio debiti ex pari specie et dispari causa admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa codis.

Nur das ist anstößig, daß auch die Unterlassung der deductio ein plus petendo causa cadere zur Folge haben soll, während doch, wie Gajus überzeugend nachweist, bei der actio cum deductione eine pluris petitio gar nicht möglich ist.

Ich glaube eben deswegen, daß hier unter deducere gar nicht das agere cum deductione zu verstehen ist, sondern daß Paulus sagen will: der Kläger, dem der Beklagte eine auf die gehörigen Erfordernisse gestützte Compensationseinrede entgegensetzt, hat, wenn Forderung und Gegenforderung auf ein certum gehen, die Wahl, daß er entweder in der Intentio compensationem facit, oder daß er geradezu den Betrag seiner Schuld vom Betrag seiner Forderung abzieht und die Intentio schlechthin auf die hierdurch

sich ergebende Summe stellt, d. h. er kann intendiren: si paret Titium sibi X milia amplius dare oportere, quam ipse Titio debet, oder si paret, Titium sibi X milia dare oportere, nicht aber ohne Gefahr der pluris petitio: si paret Titium sibi XX milia amplius dare oportere, quam rel. Eine formula ohne compensatio oder deductio in diesem Sinn (also: si paret Titium sibi XX milia dare oportere) wird ihm überhaupt gar nicht gegeben.

Ist diese Erklärung des deducere in unserer Stelle richtig, so kann jedenfalls eben diese Stelle nicht als Beweismittel dafür gebraucht werden, daß, wie wir oben (gegen Brinz) angenommen haben, nicht blos das agere cum compensatione des Argentarius, sondern auch das agere cum deductione des bonorum emtor verallgemeinert worden sei. Dennoch halte ich diese Annahme für begründet, weil ich mir nicht vorstellen kann, wie eine formula cum compensatione möglich sein sollte, wenn der Beklagte den Gegenstand seiner Gegenforderung, oder der Kläger den seiner Forderung nicht als ein certum zu bezeichnen vermochte, während man doch kaum wird annehmen dürfen, daß in solchen Fällen die compensatio in strictis judiciis ex rescripto D. Marci introducta weggefallen sei. Andrerseits läßt sich freilich auch daran nicht zweifeln, daß auf sie niemals und auch nicht bei einer formula cum deductione concepta die materiellen Eigenthümlichkeiten des agere cum deductione des bonorum emtor Anwendung fanden. Es ist diese Stelle von Paulus gerade in der Beziehung sehr wichtig für uns, daß sie die Allgemeingültigkeit des Erfordernisses gleichartiger Gegenstände der Forderungen, zwischen welchen in strictis judiciis compensirt werden soll, beweist („compensatio ex pari specie et dispari causa admittitur“). Denn sonst könnte man wohl meinen, es werde auch bei der Compensation außer den bonae fidei judicia hierauf nicht gesehen worden sein, da ja doch auch hier am Ende immer Verurtheilung zu einer Geldsumme eintrat.

Die praktische Bedeutung der durch das Rescript des K. Marcus eingeführten oder vielleicht nur festgestellten Rechtsänderung bestund vornehmlich hierin. Wer bisher seinen Schuldner mit einer condictio belangen wollte (ohne im Falle des argentarius oder bonorum emtor zu sein) und vom Beklagten mit einer exceptio doli wegen einer Gegenforderung desselben bedroht wurde, konnte der Gefahr, im Falle diesem der Beweis seiner Gegenforderung in judicio gelingen sollte, seine eigene Forderung ganz zu verlieren, nur dadurch entgehen, daß er die von dem Schuldner geforderte Compensation vor der Litiscontestation oder doch in judicio vor dem Urtheil durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft mit demselben wirklich vollzog. Blos dadurch konnte er eine Verurtheilung des Beklagten auf den Mehrbetrag der Forderung über den Betrag der Gegenforderung erreichen. Jetzt war dies nicht nöthig; er konnte es ablehnen, vor der Litiscontestation auf solche Compensation durch ein Rechtsgeschäft einzugehen, er brauchte auch nicht den Versuch zu machen, in judicio den Beklagten zu einem solchen Rechtsgeschäft zu bewegen; die Verurtheilung auf den Ueberschuß, welche der Zweck solcher Rechtsgeschäfte gewesen war, trat jetzt ohne sie von selbst ein; der Richter sprach so, wie wenn das Recht selbst eine Compensation bewirkt hätte.

In diesem Sinn sagt Paulus mit augenscheinlicher Beziehung auf das durch Marcus eingeführte oder bestätigte neue Recht in L. 21 D. h. t.

> Posteaquam placuit, inter omnes, id quod invicem debetur ipso jure compensari — —,

wie sich das deutlich aus der Fortsetzung dieser berühmten Stelle ergibt:

> si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio ab eo minus petitur.

Denken wir uns, es hatte früher Jemand eine condictio gegen den Geschäftsführer eines Abwesenden als

defensor des Letzteren angestellt und dieser auf Grund einer Gegenforderung des dominus eine exceptio doli vorgeschützt, ehe es aber zur Verurtheilung kam, überzeugte sich der Kläger von der Existenz der geltend gemachten Gegenforderung und wollte nun, um der gänzlichen Abweisung seiner Klage zu entgehen, mit dem procurator absentis compensiren. Dies konnte er, wenn er sich gehörig sicher stellen wollte, nur thun, indem er sich von dem procurator absentis wegen dieser von Seite desselben freiwilligen Compensation de rato caviren ließ. Statt dessen richtete er jetzt lieber seine Klage so ein, daß er ab initio minus (nämlich den blosen Ueberschuß seiner Forderung über die Gegenforderung) vom Gegner einklagte. Es erfolgte nun dessen Verurtheilung von selbst nur auf den Ueberschuß, ohne daß er mit dem Kläger compensirte, und es war also nun eine cautio de rato wegen Compensation nicht nöthig. Die Nichtanerkennung der processualischen Handlung des defensor, wodurch er die Compensationseinrede vorgeschützt hatte, von Seiten des defensus war für den Gläubiger ganz ungefährlich. Denn wenn nun der Abwesende ihn wegen seiner Gegenforderung belangte, so hatte er dagegen wegen des Rechts seiner Forderung die Compensationseinrede nach dem Grundsatz der L. 8. D. h. t.:

> In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur.

Daß die Abminderung der Klagforderung (minutio actionis) früher nur durch ein Rechtsgeschäft zwischen den Parteien bewirkt werden konnte, jetzt aber von selbst eintrat vermöge der Einrichtung der Formel und der darin für den Richter liegenden Anweisung, den Beklagten nicht ganz zu absolviren, aber doch nur auf die nach Abzug des Betrags der Gegenforderung übrig bleibende Summe zu condemniren, diesen Gegensatz soll das „ipso jure" in dieser und ähnlichen Stellen bezeichnen; keineswegs soll dadurch

verneint werden, daß es einer exceptio im materiellen Sinn des Worts bedürfe, um diese Beschränkung der Verurtheilung herbeizuführen. Denn es mußte ja wirklich vom Beklagten opposita doli mali exceptione der Kläger genöthigt werden, cum compensatione oder cum deductione zu klagen; wie auch im bonae fidei judicium dem Richter stets nur auf eine Einrede des Beklagten hin das compensationis rationem habere zustund. Kaum das kann dieses ipso jure sagen sollen, daß es dazu keiner förmlichen exceptio bedürfe. Denn wenn ipso jure diese processualische Bedeutung hat, so soll damit gesagt werden, der Richter sei schon durch das jus (civile) selbst ermächtigt, so oder so zu sprechen, er bedürfe dazu nicht einer besonderen Ermächtigung durch die der formula gegebene Einrichtung. In diesem Sinn aber konnte ja auch seit Marcus nicht gesagt werden, inter omnes ipso jure compensari, da vielmehr auch jetzt im stricti juris judicium in der That nur eine eigenthümliche Einrichtung der Formel und eine darin liegende besondere prätorische Anweisung den Richter berechtigte, auf weniger zu condemniren, als der Kläger eigentlich zu fordern hatte. Nur ist es freilich sehr begreiflich, daß unsere Quellen nirgends von einer exceptio compensationis sprechen; denn eine eigentlich auf das Compensationsrecht sich gründende exceptio gab es außer der exceptio doli nie, und diese konnte jetzt in dieser Anwendung in der Formel (eines strictum judicium wenigstens) nicht mehr vorkommen, da sie sich hier nunmehr in die dem agere cum compensatione oder cum deductione entsprechende Modifikation der intentio oder condemnatio verwandelte.

Sofern man unter compensatio und compensari versteht, daß der Richter wegen einer vom Beklagten geltend gemachten und bewiesenen Gegenforderung blos auf den Ueberschuß der Forderung über diese zu verurtheilen hat — und so sind diese Worte, wie mir scheint, offenbar z. B. in der eben erklärten L. 21 D. h. t., wie in §. 30 I. de act. zu nehmen —, konnte man in Beziehung auf gewöhnliche

stricti juris judicia erst seit Marcus sagen: ipso jure compensatio fit oder compensatur. Versteht man aber unter compensatio die gänzliche oder theilweise Aufhebung der Forderung durch das Gegenüberstehen einer Gegenforderung als rechtliche Wirkung dessen, was wir oben als die nothwendige quantitative (ökonomische) Einwirkung einer Gegenforderung auf eine Forderung, die mit derselben einen vollkommen gleichartigen Gegenstand hat, bezeichneten, so konnte man von einem ipso jure compensari überall schon von der Zeit an sprechen, als überhaupt dieser quantitativen Einwirkung rechtliche Folgen beigelegt wurden. Sobald also in einem gewöhnlichen stricti juris judicium der Beklagte dem das Ganze fordernden Kläger eine exceptio doli entgegensetzen konnte, durfte man sich jedenfalls so ausdrücken, wie es L. 4. D. h. t. thut:

> Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim quum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

Es wird hier als die Ansicht von Juristen vor Kaiser Marcus angeführt, daß der Bürge ex omni contractu ipso jure um so viel weniger schulde, als der Hauptschuldner wegen eines ihm zustehenden Compensationsrechts von der schuldigen Leistung zurückhalten könne. Dies kann in ihrem Munde nichts Anderes heißen, als: weil der Hauptschuldner die Erleichterung seiner Schuld, welche ökonomisch betrachtet durch die Entstehung der Gegenforderung eingetreten ist (die Verminderung seines „Schuldigseins" z. B. von 20,000 auf 10,000) dem Gläubiger gegenüber mit einer exceptio doli geltend machen kann, und diese exceptio doli dem Bürgen gleichfalls zusteht, so ist es nun auch im juristischen Sinne wahr, daß Hauptschuldner und Bürge um so viel weniger schulden ipso jure d. h., ohne daß die For-

derung durch eine voluntaria compensatio, ein Rechtsgeschäft der Abrechnung, so weit aufgehoben zu werden braucht. Paulus freilich, indem er sich diese Ansicht aneignet, kann noch einen andern Grund dafür anführen: der Gläubiger würde male petere, er würde einen den Verlust des Prozesses nach sich ziehenden Formfehler begehen, wenn er das Ganze einklagte (d. h. intendirte: si paret reum actori XX milia amplius dare oportere, quam actor reo debet), er darf nur einklagen, wie viel der Beklagte ihm wirklich mehr schuldet, als er dem Beklagten.

Compensation in diesem Sinn ist nun eine von selbst eintretende d. h. nicht durch ein Rechtsgeschäft herbeizuführende Rechtswirkung, welche wir so bezeichnen können: es knüpft sich von selbst an die Entstehung der Gegenforderung das Recht des zum Gläubiger seines Gläubigers gewordenen Schuldners, geltend zu machen, er sei von nun an seinem Gläubiger um so viel weniger schuldig, als dieser jetzt ihm schulde. Reine Folge davon, nicht ein bloser Billigkeitssatz ist es, was das bekannte Rescript Alexanders L. 4 C. h. t. aussagt:

> Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit

oder wie es Ulpian ausdrückt in L. 11 D. eod:

> Quum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

Ist B dem A 1000 fl. zu 4% schuldig, und wird nach einem Jahr A dem B 500 fl. als unverzinsliches Kapital schuldig, A fordert aber wieder nach einem Jahr die 1000 fl. von B sammt 80 fl. Zinsen, so wird B mit Recht behaupten, er habe nur 560 fl. zu zahlen. Denn wenn er, seit A ihm

500 schuldig wurde, das Recht hatte, geltend zu machen, er schulde nur mehr ein Kapital von 500 fl., so folgt hieraus nothwendig, daß seitdem nicht mehr Zinsen aus 1000 fl., sondern nur noch aus 500 fl. anlaufen konnten. Ob die durch Entstehung der Gegenforderung erworbene Compensationseinrede bald oder spät angebracht wird und zu einer Minderung der Condemnationssumme führt, hängt von dem Zufall ab, ob der Gläubiger bald oder spät klagt; es kann nicht dadurch bedingt sein, daß die richterliche Compensation dem Beklagten mehr oder weniger Vortheil bringe. Das richterliche Urtheil, welches die Compensationseinrede für begründet erklärt und demgemäß die Condemnationssumme beschränkt, ist, wie es der allgemeinen Natur des richterlichen Urtheils entspricht, declaratorisch; es hebt nicht erst die Forderung ganz oder theilweise auf, sondern erkennt nur an, daß die Schuld des Beklagten von der Zeit der Entstehung der Gegenforderung an gemindert oder auf Null reducirt worden sei. Am deutlichsten springt dies in die Augen, wenn wir uns die Formel einer actio cum compensatio vergegenwärtigen: si paret N. N. Ao. Ao. D amplius dare oportere, quam ipse A. A. No. No. debet. Bejaht das Erkenntniß diese Intentionsfrage, so sagt es offenbar aus: seit dem Augenblick, wo A. A. dem N. N. 500 schuldig wurde, ist N. N. dem A. A. nur mehr 500 schuldig; denn seit jenem Augenblicke ist es ja wahr, daß A. A. von N. N. nur 500 mehr zu fordern hat, als N. N. von ihm.

Beiläufig bemerke ich, daß nach meiner Ueberzeugung durchaus kein Grund vorhanden ist, am Text dieser Stelle, wie Brinz a. a. O. S. 22 will, eine Verbesserung vorzunehmen: ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ist ein ganz richtiger Ausdruck für den Gedanken: die (gerichtliche) Compensation muß betrachtet werden wie eine von selbst erfolgte Zahlung [7].

---

[7]) Vergl. L. 48 D. de solut. (46, 3): pro soluto magis haben-

Uebrigens ist wohl ins Auge zu fassen, daß diese Wirkung der Compensation auch ganz so genommen werden muß, als handelte es sich dabei um eine wirkliche Zahlung, durch depositio pecuniae d. h. um eine geleistete, vom Gläubiger nicht angenommene, aber nur mit Unrecht nicht angenommene Zahlung. Hieraus folgt namentlich, daß der Zinsenlauf erst von da an als gehemmt betrachtet werden kann, wo der Gläubiger die Heimzahlung des verzinslichen Kapitals anzunehmen verpflichtet war. Nur muß allerdings nach den Worten der Constitution jede solche blos gedachte Zahlung als Kapitalzahlung betrachtet werden [8]).

Compensation ist Aufhebung oder Minderung einer Forderung mit wirklicher Befriedigung des Gläubigers, aber ohne wirkliche Zahlung; die in der Befriedigung liegende uneigentliche Zahlung aber ist quoad concurrentes ab utraque parte quantitates eine gegenseitige. Insofern wird durch die Compensationseinrede von Seiten des Schuldners, der nun zugleich Gläubiger ist, gewissermaßen eine soluti retentio geübt, wie dies auch die Worte der oben angeführten L. 4 D. h. t.:

„quod ex compensatione reus retinere potest"

bestimmt genug andeuten. Hierin liegt der Grund des in L. 6. eod. ausgesprochenen Satzes:

Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.

Die naturalis obligatio erweist ihre Wirksamkeit immer jedenfalls durch soluti retentio. Ist nun die Compensation eine Art von soluti retentio, so muß auch mit einer naturalen Gegenforderung compensirt werden können. Vielleicht ist es aber doch nicht blos zufällig, daß dieser Rechtssatz in

---

dum est, quod ex ea causa mulier percepit. — Ich erinnere auch an den oft vorkommenden Ausdruck dare in solutum u. s. w.

[8]) Ich habe bei dieser Erinnerung vorzüglich die Bemerkungen Mühlenbruchs in der Lehre von der Cession, dritte Auflage S. 597. Anm. 140[c] im Auge, welche wohl dadurch so ziemlich ihre Erledigung finden.

den Pandekten nur mit Worten eines so späten Juristen, wie Ulpian[9]) ausgesprochen wird; denn es ist offenbar die billige Rücksicht auf den Schuldner, welche darin liegt, nicht frei von Härte gegen den Gläubiger, zumal wenn diesem eine strenge Klage zu Gebote steht. Es wäre also nicht zu verwundern, wenn man sich lange gegen die Zulassung der Compensation mit einer tantum naturalis obligatio gesträubt hätte.

Ist die Ansicht richtig, und ich hoffe dies dargethan zu haben, daß das Compensationsrecht als ein mit Entstehung der Gegenforderung erworbenes Recht zu denken ist, die entsprechende Minderung der eigenen Schuld zu behaupten und geltend zu machen, so können wir auch darüber nicht im Zweifel sein, wie die Frage zu beantworten sei, ob der im Concurse vom Massacurator belangte Schuldner des Cridars die Compensationseinrede in Beziehung auf Gegenforderungen gegen den Cridar, welche vor der Concurseröffnung entstanden sind, entgegensetzen könne, ohne die Forderung (sofern sie den Betrag seiner Schuld nicht überschreitet) im Concurse anmelden zu müssen?

Wir müssen diese Frage offenbar mit der Praxis bejahen; zwar nicht, wie man zu sagen pflegt, weil „zur Zeit „des Concurses weder Schuld noch Forderung mehr eri„stirte“ [10]). Denn an sich, wie wir gesehen haben, wird die rechtliche Existenz der beiderseitigen Forderungen durch ihr Gegenüberstehen keineswegs alterirt. Aber jenes mit der Entstehung der Gegenforderung ein für allemal erworbene Recht des Schuldners, die quantitative Einwirkung derselben auf seine Schuld geltend zu machen, — sich darauf zu berufen, wie L. 4. D. h. t. es ausdrückt, se ipso jure eo

---

9) L. 6. cit. hat in der Florentina, wie in der Vulgata die Inscription: Ulpianus l. XXX ad Sabinum. Haloander freilich hat die Inscription: Idem (i. e. Gajus) l. XX ad Edictum.

10) Bayer Theorie des Concursprozesses §. 33.

minus debere, quod ex compensatione retinere possit, — kann durch den Concurs des Gläubigers nicht aufgehoben werden, wie dafür auch das alte Recht der actio cum deductione des bonorum emtor spricht.

Wir kehren von dieser Abschweifung zurück zur Geschichte der Compensation bei den Römern.

Wir fanden die echte richterliche Compensation — bestehend in Verurtheilung auf den Ueberschuß — durch das rescriptum D. Marci ausgedehnt auf alle stricti juris judicia, also befreit von der Schranke der eadem causa, aber so, daß außer der Fälligkeit der Gegenforderung auch noch am Erforderniß der par species festgehalten wurde. Als die Form für Geltendmachung dieser compensatio ex alia causa stellte sich uns das agere cum compensatione oder cum deductione dar. Diese Form mußte wegfallen bei allen extraordinariis judiciis, welche allmählig die Regel wurden. Es mußte hier die Compensationseinrede in der heutigen Form und Bedeutung genügen, um den Richter zu einer Beschränkung der Condemnation zu berechtigen oder vielmehr zu verpflichten. Bei Compensationen ex eadem causa in bonae fidei judiciis galt das Erforderniß ursprünglicher par species nicht. Aber auch bei ihnen wurde für Compensationen ex alia causa dieses Erforderniß noch festgehalten; wenigstens ist mir keine Spur bekannt, welche auf das Wegfallen desselben in solchen Fällen deutete.

Hierin liegt nun die Bedeutung, welche die Erweiterung der Compensation durch Justinian hat, wovon er im §. 30 I. de act. sagt:

> sed nostra constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant sive in rem, sive personales, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur.

Um das richtige Verständniß dieser Worte zu gewinnen, müssen wir uns erinnern, daß Justinian am Anfang des Paragraphen von der ursprünglichen, echten Compensation zwischen gegenseitigen obligationes spricht, die auf bona fides beruhen, und die mithin immer, wie Justinian im §. 39 eod. selbst ausdrücklich sagt, eine compensatio ex eadem causa ist. Diese echte Compensation, nämlich ut si quid invicem actorem praestare oporteat, in reliquum ei is, cum quo actum est, condemnari oporteat, hat, wie Justinian sagt, Marcus auf die stricta judicia ausgedehnt, wo sie denn eine compensatio ex alia causa sein mußte, aber parem speciem erforderte. Ich nun, fährt Justinian hier fort, habe diese echte Compensation ex alia causa (welche actiones ipso jure d. h. ohne ein Rechtsgeschäft zwischen den Parteien minuit, nicht summovet) weiter erstreckt auf Klagen aller Art, selbst auf dingliche und alle persönlichen ohne irgend einen Unterschied, und folglich, da hier ursprüngliche par species oft gar nicht denkbar ist, ohne dieses Erforderniß, aber mit der neuen Beschränkung, daß die Compensation muß jure aperto niti, mit andern Worten: unter der Bedingung der Liquidität der Compensationseinrede, endlich mit Vorbehalt der speciellen Ausnahme, daß bei der depositi actio eine compensatio ex alia causa nie Statt haben soll.

Es wird nun darauf ankommen, nachzuweisen, daß diese Erklärung der Institutionenstelle durch die darin in Bezug genommenen Constitutionen Justinians selbst bestätigt wird.

Hierzu aber muß ich zuvor noch durch folgende Bemerkungen mir den Weg bahnen.

Ich sagte eben bei meiner Paraphrase des §. 30 I. de act., das Erforderniß der Liquidität des Compensationseinwands sei ein neues, nur für die compensatio ex alia causa et dispari specie geltendes. Ich nehme also an, daß es im Gebiet der Compensation, welche das rescriptum D.

Marci einführte, nicht galt. Es entgeht mir aber keineswegs, daß dieser Satz nicht unerheblichen Zweifeln begegnen muß.

Es hat offenbar etwas Verlockendes, anzunehmen, die alte exceptio doli zur Geltendmachung des Compensationsrechts habe Liquidität der Gegenforderung vorausgesetzt, was denn namentlich es um so begreiflicher machen würde, daß sie die Folge hatte, welche Julian in L. 2. D. h. t. so ausdrückt:

> Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare,

d. h. daß der Beklagte damit immer gänzliche Abweisung des Klägers erreichte. Denn dann hätte eine exceptio doli wegen Gegenforderung nur dann als begründet angesehen werden können, wenn sich der Kläger der Geltendmachung des Compensationsanspruchs nicht lediglich deshalb widersetzte, weil davon mit Recht Verwicklung und Verzögerung des Prozesses zu erwarten war. Die Ertheilung der exceptio doli d. h. ihre Aufnahme in die Formel hätte ganz unbedenklich auf Verlangen des Beklagten ohne weiters gewährt werden können, wenn sie dennoch die vom Excipienten beabsichtigte Folge nur dann hatte, falls der Richter sich überzeugte, daß durch Geltendmachung des Compensationsrechts eine Verwicklung oder Verzögerung des Rechtsstreits nicht eintrete.

Anders wäre dies aber seit Marcus geworden. Es sollte nun das Vorschützen der exceptio doli in jure eine solche Einrichtung der Formel zur Folge haben, welche es dem Richter nicht mehr gestattete, von der Compensationseinrede wegen Illiquidität abzusehen. Es mochte cum compensatione oder cum deductione geklagt werden, immer war er unbedingt angewiesen, Dasein und Betrag der Gegenforderung zu prüfen, um hiernach auszusprechen: paret oder non paret, was in der Intentio behauptet ist, oder um zu

bemessen, ob er in solidum, oder in weniger und wie viel weniger condemniren solle, als nach der Intentio paret, reum actori dare oportere. Nun mußte also entweder eine formula cum compensatione (oder cum deductione) nur causa cognita ertheilt werden, d. h. nachdem der Magistratus sich schon von der (wenigstens relativen) Liquidität der Gegenforderung überzeugt hatte, oder man mußte das Erforderniß der Liquidität jetzt wenigstens ganz aufgeben.

Alles wohlerwogen, muß ich aber mich dafür entscheiden, auch für die alte, gänzliche Klagabweisung bewirkende exceptio doli zur Geltendmachung des Compensationsrechts die Voraussetzung der Liquidität des Gegenanspruchs fallen zu lassen. Entscheidend scheint mir dafür der Umstand, daß man sonst annehmen müßte, alle an sich nur einen Theil der Klageforderung treffenden Exceptionen (z. B. nisi convenit, ne dimidium peteretur), ja auch alle dilatorischen Exceptionen hätten, in die Formel aufgenommen, nur dann völlige Absolution bewirkt, wenn sie liquid gewesen wären, was handgreiflich falsch wäre.

Eine erhebliche und berücksichtigungswerthe Belästigung des Klägers kann aus der Zulassung einer illiquiden Compensationseinrede ex alia causa eigentlich nur dann entstehen, wenn entweder die klägerische Forderung von vornherein vollkommen liquid ist oder die Compensationseinrede erst im letzten Stadium des Prozesses noch zugelassen wird. Was aber jenen ersten Fall anlangt, so ist zu bedenken, daß eben doch immer diese Belästigung des Klägers aufgewogen wird durch die Unbilligkeit, einen Schuldner, der wirklich zugleich unser Gläubiger ist, zur Beischaffung von mehr Zahlungsmitteln zu nöthigen, als eigentlich nöthig sind, um unser gegenseitiges Schuldverhältniß auszugleichen, wobei denn immerhin der Umstand, daß er seine Gegenforderung nicht in continenti beweisen kann, nur als ein zufälliger erscheint. Und was den zweiten Fall betrifft, so mochte es hier immerhin als in der Befugniß des rechtsprechenden magistratus

liegend betrachtet werden — denn fast nur von extraordinariae cognitiones konnte es hier sich handeln —, eine solche verspätete Compensationseinrede unter Umständen ad separatum zu verweisen, ohne daß man sich veranlaßt fand, hierüber einen allgemeinen Grundsatz aufzustellen. So fehlt es doch, genau betrachtet, allenthalben an einem wirklich ausreichenden Grunde, um zu bezweifeln, daß das völlige Stillschweigen der ältern Quellen über das Erforderniß der Liquidität des Compensationsanspruchs blos zufällig sei, daß es nicht vielmehr in der That als ein Zeugniß für das Nichtvorhandensein desselben im vorjustinianischen Recht zu gelten habe.

Wie nun aber, wenn bei einer arbitraria actio oder einem bonae fidei judicium auf Restitution einer species erst nach ergangenem arbitrium de restituendo (oder exhibendo) der Beklagte, welcher dasselbe nicht befolgen konnte oder wollte, Berücksichtigung einer ihm ex alia causa zustehenden, auf Geld gehenden Gegenforderung verlangte, um eine Ermäßigung der Condemnationssumme zu erwirken? Wurde er damit gehört? Der klägerische Anspruch wurde in diesem Stadium des Prozesses unläugbar als eine auf incertum gehende Geldforderung behandelt; insofern konnte es wohl als zuläßig erscheinen, daß der Beklagte nun den Anspruch auf Compensation mit einer ihm zustehenden Geldforderung erhebe. Allein ein entscheidender Gegengrund lag gewiß darin, daß die richterliche Thätigkeit in diesem letzten Stadium des Prozesses eine reine aestimatio, quanti ea res est, auf Grund der mit dem arbitrium abgeschlossenen Verhandlungen sein sollte. Die Erfüllung einer Gegenforderung ex eadem causa oder wegen welcher dem Beklagten ein Retentionsrecht zustund, mußte schon im arbitrium selbst vorgeschrieben oder Cautionsleistung deshalb zur Bedingung des Restitutionsbefehls gemacht sein; ihr Betrag war also allerdings bei der aestimatio, quanti ea res est zu Gunsten des Beklagten in Ansatz zu bringen. Aber auf eine Gegenforderung des Beklagten Rücksicht zu nehmen, welche noch gar

nicht zur Sprache gekommen war, ja gar nicht hatte zur Sprache kommen können, dies stund gewiß dem arbiter nicht zu, der eben nur ermächtigt war zu condemniren tantam pecuniam, quanti ea res est. Was ea res sei, war durch den Inhalt des arbitrium festgestellt. Nur welchen Werth die durch das arbitrium dem Beklagten auferlegte Leistung habe, war jetzt noch zu finden und auszusprechen.

Sehr möglich aber, ja wahrscheinlich ist es, daß in der spätern Zeit, besonders in der Justinianischen, Richter sich häufig durch vages, nun nicht mehr durch feste Klagformeln beschränktes Billigkeitsgefühl bestimmen ließen, bei Klagen auf Restitution solcher Compensationsansprüche doch noch Gehör zu geben, wenn es schon feststund, daß der Beklagte Unrecht habe, und es sich nur noch darum handelte, in welche Geldsumme er zu verurtheilen sei. In solcher, nur noch nicht ganz festen Praxis lag wohl die Veranlassung zu Justinians L. 14 C. de compensat. (4, 31), welche so lautet:

> Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. (§. 1) Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores in admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam paene

expeditam sententia terminali componant; excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. (§. 2) Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

Der Eingang sagt: Compensation, d. h. Aufrechnung einer Gegenforderung bei der Verurtheilung zum Zweck der Beschränkung derselben soll fortan bei allen Klagen stattfinden, sie seien dingliche oder persönliche (wovon dann aber der Schluß des §. 1 die depositi actio und §. 2 Klagen gegen einen malae fidei possessor ausnimmt), und zwar ipso jure d. h. auch wenn die Parteien nicht unter sich schon wegen einer solchen Abrechnung mit einander übereingekommen sind.

Bedeutung hatte diese Bestimmung für alle die Fälle, wo es sich bei irgendwelchen in personam actiones um Compensation ex eadem vel alia causa sed pari specie handelte, nicht; denn hier war man längst im Reinen darüber, daß compensatio ipso jure fieri debet. Was also eigentlich festgesetzt werden sollte, das konnte nichts anderes sein, als daß nun auch bei in rem actiones und daß bei in personam actiones selbst im Fall ursprünglicher dispar species Compensation statt haben solle. Dies muß mithin als der eigentliche, wahre ausschließliche Gegenstand der Sanction angesehen werden, wobei es sich dann von selbst versteht, daß von solcher Compensation auch nur unter Voraussetzung der Verwandlung des Klaganspruchs in eine Geldforderung die Rede sein kann, und folglich auch nur von Erhebung des Compensationsanspruchs im Liquidationsverfahren, durch welches diese Verwandlung vor sich gehen soll.

Hier drängt sich nun aber Justinian — gewiß nicht sowohl in Folge blosen Nachdenkens, als häufiger Erfahrung — die Nothwendigkeit auf, dieser weiten Ausdehnung der Compensationseinrede über die von länger her feststehenden Fälle hinaus eine innere Schranke zu setzen, damit sie

nicht zu sehr zur Chikanirung der Kläger mißbraucht werde. Das Liquidationsverfahren tritt zwar, wo es auch zu Justinians Zeit (nachdem die Sentenz nicht mehr nothwendig auf eine Geldsumme gestellt weaden mußte) erforderlich war, vor der Sentenz, aber doch erst dann ein, wenn es schon feststeht, daß in der Hauptsache der Kläger Recht, der Beklagte Unrecht habe. Der Kläger ist also, wenn der Prozeß in dieses Stadium eintritt, zu der Erwartung berechtigt, denselben nun in kürzester Zeit durch ein Definitivurtheil beendigt zu sehen. Es wäre sehr hart für ihn, wenn er nun erst noch auf Compensationseinreden sich einlassen müßte, die eine weitläufige Verhandlung erfordern, damit der Richter über ihr Begründet- oder Nichtbegründetsein zu erkennen vermöge. Vollkommen zweckmäßig bestimmt also Justinian: diese neuen Compensationseinreden im Liquidationsverfahren, deren Zulässigkeit im Allgemeinen ich jetzt festgesetzt habe, sollen doch nur dann wirklich berücksichtigt werden, wenn die Forderung, worauf sie gestützt werden, liquid ist, wenn der Richter leicht und schnell ins Reine darüber kommen kann, daß und in welchem Betrag sie dem Beklagten wirklich zustehen, und daß der Kläger keine gegründeten Einwendungen dagegen hat. Findet dagegen der Richter, daß dazu eine umständliche, zeitraubende Untersuchung nothwendig sein würde, so soll er diese einem andern, nachfolgenden Prozeß, den der Beklagte durch Klagstellung gegen den jetzigen Kläger veranlassen mag, vorbehalten, und den gegenwärtigen Rechtsstreit ohne weiters durch ein Definitivurtheil zu Ende führen.

Man hat sich durch die Allgemeinheit des Ausdrucks in den Anfangsworten des §. 1 verführen lassen, anzunehmen, Justinian fordere Liquidität der Compensationseinrede überhaupt, wobei man freilich dann doch genöthigt war, um nicht einen offenbar absurden Rechtssatz zu gewinnen, einzuräumen, Justinian habe dabei nicht an compensationes ex eadem causa gedacht, und die Liquidität nur relativ verstanden. Allein da die Compensationseinrede in den Fällen,

für welche ihre Anwendung nicht jetzt erst festgestellt werden sollte, gewiß auch im damaligen Prozesse fast immer gleich im ersten Termin vorgebracht wurde, so würde es zu einer solchen Festsetzung schlecht passen, daß im weitern Verlauf der Rede so gar oft in gehäuften Wendungen der Gedanke wiederkehrt, durch das Vorbringen einer illiquiden Compensationseinrede werde der fast schon völlig durchgedrungene Kläger auf eine allzu harte Weise in seiner begründeten Hoffnung, demnächst am Ziel zu sein, getäuscht. Es ist Justinian nicht genug, zu sagen: Satis miserabile est, post multa forte variaque certamina quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem; er hebt noch einmal hervor, daß diese Compensation einem jam certum et indubitatum debitum entgegentrete, und so moratoriis ambagibus die Hoffnung, Verurtheilung des Beklagten zu erlangen, ausgeschlossen werde. Und indem er dann gebietend an die Richter sich wendet (also in Dispositivworten des Gesetzes, nicht in blosen Motiven), spricht er wieder von lis jam paene expedita.

Um so besser paßt alles dieses, wenn Justinian nur für die neu festgestellten Fälle der Anwendung der Compensationseinrede, für die Compensationseinrede in der Liquidationsinstanz Liquidität fordern wollte, und dann konnte er sich auch umgekehrt so ausdrücken, wie er es in den oben ausgehobenen Worten des §. 30 I. de act. thut: nur die auf liquiden Forderungen beruhenden Compensationen hat mein Gesetz weiter ausgedehnt (nostra constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit), worin dann von selbst liegt: illiquide Forderungen sollen nur die althergebrachten Compensationen begründen können; aber dazu sollen sie auch fortwährend als tauglich gelten. Und so darf denn die Praxis getrost dabei stehen bleiben, in dieser Hinsicht die Sätze zu befolgen, an welche sie bisher sich zu halten pflegte, wie Seuffert bezeugt, indem er in

seinem „praktischen Pandektenrecht" Bd. 2. (3te Auflage) §. 287 a. E. sagt: „Die römische Vorschrift, daß, wenn „die Forderung vollkommen liquid, d. h. weiteren Beweises „nicht mehr bedürftig ist, eine illiquide Gegenforderung zur „Compensation nicht geeignet sei" — eine Vorschrift, die ja eben in diesem Umfang das Römische Recht gar nicht wirklich enthält — „findet für den Fall keine Anwendung, wo „im ordentlichen Prozesse geklagt ist und der liquiden „Klage eine illiquide Einrede der Compensation zur rech„ten Zeit (nämlich zugleich mit der Einlassung auf die „Klage) entgegengesetzt wurde. Vielmehr ist in solchem Falle „der Beklagte, wie bei jeder andern peremtorischen Einrede, „zu deren regelmäßigem Beweise zu lassen."

Eine ganz verwandte Beschränkung aber, wie für das Erforderniß der Liquidität, behaupte ich auch für die Ausnahme, welche hinsichtlich der Compensation für die depositi actio (directa) gelten soll.

Die Constitution, wodurch Justinian diese Ausnahme zuerst und ausdrücklich feststellte, ist L. 11 C. depositi (4, 34):

> Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem [11]) opponat, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens, quum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae quam celerrime sine aliquo obsta-

[11]) d. h. weder eine Einrede des dem Beklagten zustehenden Compensations- noch des Retentionsrechts.

culo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur. Quod obtinere, sicut jam dictum est, oportet, et si ex una parte depositio celebrata est, ex alia autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione servata, depositae res vel pecuniae prima fronte restituantur.

Wäre diese Verfügung so zu verstehen, wie es gewöhnlich geschieht, als solle dadurch bei der actio depositi directa die Compensationseinrede überhaupt, ja selbst die exceptio doli zur Ausübung eines Retentionsrechts wegen Verwendungen auf die deponirte Sache ausgeschlossen werden, so hätte dadurch Justinian eine ganz exorbitante Beschränkung der Vertheidigung des Beklagten eingeführt, welche der allgemeinen Natur eines bonae fidei judicium völlig widerstreben, und durch das Motiv, welches der Kaiser selbst für seine Bestimmung — besonders deutlich im §. 30 I. de act. — anführt, nur sehr unvollkommen gerechtfertigt sein würde. Denn wenn er hier sagt, von seiner Erweiterung des Compensationsrechts solle die depositi actio ausgenommen sein, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur, so paßt dies weder auf Fälle, wo die Restitution der deponirten Sache unmöglich ist, noch auf solche, wo der Beklagte ohne allen praetextus compensationis verlangt, daß der Deponent ihm seine Verwendungen ersetze, ehe er die Sache zurückhaben wolle, was offenbar ganz ebenso sehr der Billigkeit gemäß ist, als wenn der Käufer sich weigert, die Waare zu überliefern, ehe ihm der Kaufpreis gezahlt wird. Das aber wäre allerdings gegen die besondere fides depositi, wenn der Depositar unter dem Vorwand einer compensatio ex alia causa et dispari specie den Deponenten nöthigen wollte, sich die Restitution seiner Sache erst durch Berichtigung der Gegenforderung zu erkaufen. Und dies allein ist es, was Justinian in unserm Gesetze streng verbietet.

Daß er dabei nicht an Gegenforderungen denkt, wegen welcher der Beklagte auch die contraria depositi actio anstellen könnte, sondern nur an solche, welche er blos mit selbstständigen Klagen verfolgen kann, wird besonders deutlich dadurch, daß er als den Fall, in welchem am ersten ein solches Begehren des Beklagten als statthaft erscheinen könnte, den einer gegenseitigen Hinterlegung verschiedener Sachen bezeichnet. Nur unter den Fällen von compensationes ex alia causa war dies der nächstliegende; von Fällen der compensatio ex eadem causa läge offenbar der von necessariae impensae auf die deponirte Sache weit näher. Diesen Fall hatte aber eben Justinian auch gar nicht im Auge; in ihm soll das aus der Natur des judicium als bonae fidei judicium nothwendig folgende Compensations- und Retentionsrecht des Depositars ungeschmälert stehen bleiben. Wenn es in L. 23 D. depositi heißt:

> Actione depositi conventus servo constituto (l. restituto) cibariorum nomine apud eundem judicem utiliter experitur,

so darf man nicht meinen, das Wort „restituto" sei hier interpolirt, um Modestin sagen zu lassen, der Depositar kann die actio depositi contraria wegen der Verköstigung des Sklaven erst nach der Restitution der Sklaven erheben, sondern der Sinn dieser Stelle ist vielmehr der: auch wenn der Depositar es versäumt hat, diese Gegenforderung vor der Restitution geltend zu machen, so kann er doch nun bei demselben Gericht, das ihm die Restitution auferlegt hatte, nachträglich die actio depositi contraria anstellen, auch wenn es an sich dafür nicht competent wäre.

Vielleicht wendet man mir ein, daß in meiner Erklärung der L. 11 C. depositi, welche vor der L. ult. C. de compens. erlassen ist, die Annahme liege, Justinian habe dadurch eine Ausnahme von einer noch gar nicht bestehenden Regel eingeführt. Wie konnte er, wird man sagen, bei der depositi actio die compensatio ex alia causa et dispari

specie vorher verbieten, ehe er diese Art der Compensation überhaupt für zulässig erklärt hatte? Allein ich habe schon oben bemerkt, daß nach aller Wahrscheinlichkeit dergleichen Compensationen in der Praxis schon längst häufig vorkamen, und so ist es denn ganz erklärlich, wenn sie Justinian zuerst bei der depositi actio verbot, sofern sie hier die Erwartung, sofortige Restitution zu erlangen, täuschen wollte, und dann erst ausdrücklich, aber mit vorsichtigen Einschränkungen außerdem gestattete.

Zum Schlusse dieser Erörterungen über Compensation wird es nicht unpassend sein, in Kürze darauf hinzudeuten, wie sehr auch hier der Ausdruck der Römischen Rechtssprache geeignet ist, den Begriff selbst rein zur Anschauung zu bringen. Compensare gibt uns das Bild eines Verfahrens, wodurch das Gewichtverhältniß zweier Gegenstände gefunden wird, indem man den einen in die eine, den andern in die andere der beiden Schaalen einer Waage legt; man bringt sie dadurch in eine Verbindung mit einander, welche, soweit ihre Schwere die gleiche ist, ihre Wirkung in Beziehung auf das Ziel des Verfahrens gegenseitig völlig aufhebt, und nur eine Wirkung des schwereren Gegenstandes übrig läßt, die genau seinem Uebergewicht über den leichteren entspricht. Kann es ein zutreffenderes Bild für das Verfahren der im juristischen Sinn compensirenden Parteien oder Richter geben? Forderung und Gegenforderung werden hierbei, wie wir sahen, als fortwährend vollkommen für sich bestehend betrachtet; es wird nur der Erwägung Raum gegeben, daß sie Rechtsverhältnisse zwischen denselben Personen sind, welche auf deren ökonomische Beziehung zu einander genau entgegensetzt einwirken, so daß dieser Beziehung vollkommen Genüge geschehen kann, wenn blos der zu einem größeren Betrag dem Andern verpflichtete Schuldner diesem den Ueberschuß zahlt, der Schuldner des kleineren Betrags sich blos empfangend verhält. Zuweilen wird nicht darauf gewartet, daß die Betheiligten freiwillig dieses Verfahren in Beziehung auf Forderung und Gegen-

forderung einschlagen, sondern die Rechtsregel selbst legt gleichsam Forderung und Gegenforderung in die zwei sich gegenüber stehenden Schaalen einer und derselben Waage (ipso jure fit compensatio); dadurch wird dann freilich an sich noch so wenig die eine durch die andere aufgezehrt, oder irgend wie wirksam berührt, als dies bei Sachen durch ihr ruhiges Nebeneinanderliegen in den zwei Schaalen einer feststehenden Waage geschieht. Aber es genügt das gehörige Begehren des belangten Schuldners, um den Richter zu verpflichten, daß er die Waage in Bewegung setze, dadurch die Einwirkung der Gegenforderung auf die Forderung zur Erscheinung kommen lasse, und im Spruche nur die Wirkung des Uebergewichts jener anerkenne, oder — ohne Bild — den Beklagten auf den blosen Ueberschuß seiner Schuld verurtheile (ut judex, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum ei reum condemnet).

Erst nach der Ausarbeitung dieser Abhandlung ist das kostbare Büchlein Kellers „der Römische Civilprozeß und die Actionen" in meine Hände gelangt, worin ich nun aufs Neue die Frage angeregt finde, ob nicht eine compensatio per exceptionem doli stattgefunden habe?

Im §. 36 dieser Schrift nämlich wird S. 150 ff. bemerkt, es würden auch Exceptiones erwähnt, welche die Klage blos theilweise abzuwenden bestimmt seien, wohin die quod facere possit gerechnet wird, die aber ihrer Fassung nach nicht negative Bedingung der Klage, sondern eine blose Beschränkung der Condemnatio sei. Eher, meint Keller, würde sich die Partialeinrede bei Africanus in L. 17 §. 2 ad S C. Vellej. als eigentliche Exceptio darstellen, „nur daß die „Verbindung derselben mit der dort vorliegenden Condictio „certi ihre eigenen Bedenken habe." Und dann wird am Schluß der Note 406 gesagt: „Ob und seit wann es heißen „konnte: Si N^{m}. A^{o}. H S. X. M. dare oportere, N^{m}. A^{o}. H S.

„X. M., duntaxat quod contra S C. Vellejanum factum non „sit, condemna, muß dahin gestellt bleiben. Und wie bei „der Exc. doli, sofern damit gegen eine Condictio certi par„tielle Compensation oder gegen eine Vindicatio Erstattung „der Impensae geltend gemacht werden soll?"

Ich stehe nicht an, auf diese Frage auch so wie sie hier gestellt wird, hinsichtlich der Compensation dieselbe Antwort zu geben, welche ich oben auf die Frage gegeben habe, was in Folge des rescriptum D. Marci „opposita doli mali exceptione" zu geschehen hatte: es war eine formula cum compensatione oder cum deductione zu geben.

Wenn Paulus in L. 22 pr. de except. (44, 1) sagt:

> Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem,

und Ulpian in L. 2 pr. eod.

> Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae interponi actioni cujusque rei solet ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est,

so zweifle ich nicht, daß sie hierbei zunächst die exceptio quod facere possit im Auge haben, welche, wie auch Keller anführt, gerade von Paulus in L. 7 pr. eod. unumwunden als exceptio bezeichnet wird. Der Sinn dieser Aussprüche und Bezeichnungen ist aber folgender.

Paulus nimmt exceptio lediglich im materiellen Sinn als ein dem Beklagten zustehendes Vertheidigungsmittel, welches den Anspruch des Klägers gegen ihn bedingt. Er kann in jure die Einwendung machen (exceptionem opponere): wenn ich socius des Klägers bin, so kann er seinen Anspruch gegen mich nicht weiter verfolgen, als auf id quod facere possum. Darauf hin darf nicht eine exceptio im formellen eigentlichen Sinn in die Formel gesetzt, aber es muß in derselben der Condemnationsbefehl eingeschränkt werden; es ist also diese materielle exceptio eine conditio, quae minuit damnationem.

Ulpian nimmt dagegen exceptio in der Bedeutung eines besonderen, durch eine exceptio im materiellen Sinn veranlaßten Zusatzes der Formel, der bald den in die Intentio, bald den in die Condemnatio aufgenommenen Anspruch des Klägers in gewisse Schranken einschließen soll; im erstern Fall erscheint er in Verbindung mit der Intentio: dies ist dann die exceptio im gewöhnlichen Sinn; im zweiten Fall erscheint er in Verbindung mit der Condemnatio als ein Zusatz, der gewöhnlich nicht exceptio heißt.

Beide Aussprüche also sagen durchaus nichts Anderes, als daß das exceptionem opponere in jure keineswegs nothwendig im Falle der Erweislichkeit den Grund der exceptio Absolution zur Folge habe, aber nur weil darauf hin zuweilen der Formel eben nicht eine gewöhnliche exceptio, sondern ein Zusatz anderer Art einzuverleiben sei [12]. Sie sind also auch auf die nach unsrer Ansicht durch das rescriptum D. Marci eingeführte Behandlung der Compensationseinrede sehr wohl anwendbar, berechtigen aber keineswegs zu der Annahme, daß die echte richterliche Compensation (die condemnatio in reliquum) im stricti juris judicium im Weg einer gewöhnlichen exceptio herbeigeführt werden konnte.

Die bedenklichste Stelle scheint freilich die angeführte L. 17 §. 2 D. ad SC. Vellej. zu sein, deren Schluß so lautet:

> si in aliquam emtionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri, et ideo creditorem partem duntaxat pecuniae a muliere petere posse; quod si totum petierit, exceptione pro parte summovetur.

Ich habe aber nicht den mindesten Zweifel, daß die Worte pro parte nur von Justinian eingeschoben sind; denn sie passen gar nicht in den Zusammenhang. African wollte offenbar mit dem letztern Satze erläutern, in wie fern der Gläubiger hier nur einen Theil des Geldes von der Frau

[12]) Vergl. Brinz Compensation S. 69 ff.

einklagen könne. Ipso jure hat er ja wirklich das Ganze von ihr zu fordern; aber weil er si totum petit, exceptione summovetur, so kann er eben doch nicht, d. h. nicht ohne die Gefahr völligen Verlusts seiner Forderung das Ganze einklagen, sondern muß seine Klage selbst auf die Hälfte beschränken. So wie jetzt der Schlußsatz lautet, ist er eine blose matte Umschreibung des vorhergehenden. Justinian mußte aber in demselben, wenn er ihn nicht ganz weg lassen wollte, diese Veränderung vornehmen, um nicht damit etwas für die Gegenwart Unrichtiges zu sagen. Denn nach dem jetzt geltenden Recht konnte freilich in diesem Fall die exceptio SC. Vellejani nur eine theilweise Abweisung des Klagebegehrens bewirken. In L. 2 D. de compens. konnte ein solches Einschiebsel nur deshalb unterbleiben, weil es ja immer möglich ist, daß die Gegenforderung nicht von geringerem Betrag ist, als die Forderung, wo dann allerdings die Compensationseinrede creditorem eundemque debitorem petentem „summovet", nicht blos pro parte summovet.

VIII.

Sachenerwerb durch Tradition.

Die Tradition an sich ist eine reine Thatsache und hat auch als solche nur eine thatsächliche Wirkung; zu einem Rechtsgeschäft und Mittel des Sachenerwerbs namentlich kann sie nur werden durch die Absicht, welche ihr zu Grund liegt, und deren Ausführung sie ist; oder wie Paulus in L. 31 D. de A. R. D. (41, 1) sagt:

> Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Diese Absicht muß nämlich natürlich darin bestehen, das Eigenthum der Sache auf den Empfänger zu übertragen, und es muß dieser selbst des damit übereinstimmenden Willens sein, das Eigenthum der Sache zu empfangen. In der Wirklichkeit aber wird Niemand das Eigenthum einer Sache übertragen oder erlangen wollen blos damit eben ein Eigenthumsübergang stattfinde, sondern es wird dies wieder nur das Mittel sein sollen zur Erreichung eines andern rechtlichen Zwecks: Vollziehung eines Verkaufsgeschäfts, einer Schenkung, eines Darlehensgeschäfts, Abtragung einer Schuld u. s. f.; die causa traditionis wird nicht als nackte, abstrakte Willensübereinstimmung, Eigenthum zu geben und zu gewinnen, sondern sie wird in der Hülle eines jener concreten Rechtsgeschäfte vorkommen. Und da, wie sich ebenso von selbst versteht, die Absicht, welche die Tradition zu einem Mittel des Sachenerwerbs machen soll, um dies zu vermögen, eine vom Recht gebilligte sein muß, so ist weiter erforderlich, daß das

sie in sich schließende Rechtsgeschäft ein gültiges, nicht verbotenes sei, wie z. B. die donatio inter virum et uxorem es wäre. In diesem Sinn sagt Paulus, es müsse der Tradition venditio vel aliqua justa causa praecedere, nämlich zu Grunde liegen, nicht gerade wirklich zeitlich vorhergehen. Die Tradition muß sequi causam, insofern sie immer sich als Ausführung, Vollziehung des Rechtsgeschäfts muß denken lassen, welches causa traditionis ist.

So einfach das Alles nun ist, so fehlt es gleichwohl auch hier nicht an einem kleinen Raume, wo der Zweifel sich einschleichen kann. Es sind nämlich doch Fälle denkbar, wo das concrete Rechtsgeschäft, welches causa traditionis ist, nichtig und gleichwohl eine durchaus nicht gegen das Recht verstoßende Uebereinstimmung der Parteien, Eigenthum zu geben und zu empfangen, vorhanden ist. Ein solcher Fall ist derjenige, welchen Julian in L. 36 D. de A. R. D. und Ulpian in L. 18 pr. D. de R. C. (12, 1) ganz übereinstimmend darlegen, aber in Beziehung auf die Eigenthumserwerbsfrage ganz entgegengesetzt entscheiden. A gibt dem B Geldstücke, um sie ihm zu schenken, B nimmt sie an als Darlehen. Daß dadurch weder ein Schenkungs- noch ein Darlehensvertrag zu Stande gekommen sei, darüber sind natürlich Julian und Ulpian vollkommen einig. Allein während Julian hinsichtlich des Eigenthumserwerbs sagt:

> Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; — — constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus,

sagt dagegen Ulpian:

> Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit.

Mit diesen letzten Worten fertigt Ulpian die Meinung Julians etwas kürzer ab, als billig ist. Denn das hat ja Julian natürlich selbst zugegeben, daß der Empfänger alia opinione angenommen hat, als womit es der Geber ihm einhändigte; allein er hat zugleich darauf aufmerksam gemacht, was doch sehr einleuchtend scheint, daß die Nichtübereinstimmung nicht das Geben und Empfangen des Eigenthums selbst, sondern nur die Beweggründe desselben (causam dandi atque accipiendi) — also etwas, das für die juristische Beurtheilung Nebensache ist — betroffen habe. Könnten wir aber Ulpian selbst fragen, was er denn hierauf zu antworten habe, so glaube ich doch, er würde uns die Antwort nicht schuldig bleiben; er würde sagen: es steht einmal fest, die Tradition müsse ein concretes gültiges Rechtsgeschäft, nicht den blosen abstrakten Consens über dare und accipere zur Grundlage haben; darum kann ich sie hier nicht als wirksam betrachten.

Indessen bin ich auch überzeugt, daß wir uns, wie es jetzt wohl die ziemlich allgemeine Ansicht ist, in der Anwendung an L. 36 D. de A. R. D. zu halten haben, schon weil Justinian diese Stelle Julians unmöglich gerade hierher stellen lassen konnte, wenn er nicht die darin ausgesprochene Ansicht für die seinige erklären wollte, dann aber auch, weil die Argumentation Julians offenbar die juristisch consequentere ist.

Nehmen wir nun aber hiernach einem allgemeinen Rechtsgrundsatze gemäß an, die Nichtübereinstimmung hinsichtlich der Beweggründe für Uebertragung und Gewinnung des Eigenthums hindert die Tradition nicht, sofern nur Uebereinstimmung über Geben und Empfangen selbst besteht, so scheint es, daß auch in folgendem Fall die Tradition als wirksam anerkannt werden müsse. Ich tradire Jemanden eine Sache als Stellvertreter eines Dritten, für dessen Sache ich sie halte, während sie in der That meine eigene ist. Ich will dem Andern das Eigenthum der Sache, welches er erwerben

will, geben. Freilich will ich ihm dasselbe nur geben, weil ich glaube, die Sache gehöre dem Dritten, während sie mir gehört. Allein der falsche Beweggrund ist ja der Tradition nicht hinderlich; also ist das Eigenthum von mir auf den Empfänger übergegangen. Wer den Fehlschluß, welcher in dieser Folgerung liegt, nicht merkt, könnte doch wenigstens dadurch bedenklich gemacht werden, daß L. 35 D. de A. R. D. den Fall gerade umgekehrt entscheidet:

> Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

Obgleich aber diese Entscheidung auch von dem natürlichen Rechtsgefühl gefordert wird, da es doch zu seltsam wäre, daß Jemand durch eine solche Tradition ganz unwillkührlich, wie im Schlaf sein Eigenthum sollte verlieren können, so haben dennoch unsere größten Juristen [1]) diese Stelle lieber — ziemlich willkührlich — von einem error in corpore, „einer Verwechslung zweier verschiedener Sachen bei der Tradition" verstehen, als die so natürliche Entscheidung, die sie in der That enthält, annehmen wollen, blos weil sie zu sehr in dem obigen Fehlschluß befangen waren.

Um den eigentlichen Sitz des hier obwaltenden Irrthums aufzudecken, muß ich von folgender Bemerkung ausgehen. Jedes Recht läßt sich von zwei Seiten ansehen: von der einen betrachtet ist es ein Verhältniß der berechtigten Person zum Rechtsobjekt, von der andern ein Verhältniß des Rechtsobjekts zur berechtigten Person, welches eigentlich nichts anderes, als ein bestimmter (Unterwürfigkeits-) Zustand des

---

[1]) Thibaut Versuche B. 2. S. 107. Savigny System B. 3. S. 355. — S. dagegen Puchta Pandekten §. 148 not. i. Auch Mühlenbruch Pandekten §. 246 n. 14. (Die Erklärung der L. 35 cit., welche sich in Puchtas Vorlesungen B. 1. Beil. XV. findet, ist ganz richtig, aber offenbar nicht erschöpfend).

Objekts ist. Willenserklärungen, welche ein Recht zum Gegenstand haben, können sich auf die eine oder die andere jener beiden Seiten beziehen, sie können das Verhältniß der Person zum Objekt oder den Zustand des Objekts zu ihrem wahren Gegenstand haben. Wenden wir dies auf die Uebertragung des Eigenthums durch Tradition an, so werden wir uns leicht überzeugen, daß wenn auch die Willenserklärungen des Tradenten, wie des Empfängers beide „das Eigenthum" zum Gegenstand haben, dennoch offenbar beide Theile das Eigenthum von verschiedenen Seiten ansehen. Der Tradent faßt es von der Seite ins Auge, von welcher es Verhältniß der bestimmten Person zur bestimmten Sache ist; der Empfänger von der Seite, von welcher es Unterwürfigkeitszustand der Sache ist. Die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Empfängers hat nur den Sinn, daß er überhaupt Eigenthum haben, d. h. dieses Unterwürfigkeitsverhältniß der Sache an *seine* Person anknüpfen will, während es ihm ganz gleichgültig ist, wer bisher im Eigenthümerverhältniß zur Sache gestanden hat. Dagegen die (wieder ausdrückliche oder stillschweigende) Willenserklärung des Tradenten bedeutet, daß er *sein* oder aber seines Mandanten, Mündels u. s. w. *Eigenthümerverhältniß* zur Sache an den Empfänger überliefern will. Seine Erklärung hat also niemals *das Eigenthum* schlechthin zum Gegenstand, sondern stets das Eigenthum *desjenigen*, welchen er für den Eigenthümer hält, man könnte sagen: sie hat nicht das *objektive*, sondern das *subjektive* Eigenthum zum Gegenstand. Irrt er also in Beziehung auf das Subjekt des Eigenthums, so ist dies immer ein Irrthum über den wesentlichen Gegenstand seiner Willenserklärung selbst. Man meint, seine Erklärung bedeute, *das* Eigenthum überhaupt übertragen zu wollen: das des Mandanten, Mündels u. s. f. *wenn* dieser, ebensowohl aber *sein* Eigenthum, *wenn* er selbst Eigenthümer sei, im letztern Fall fehle es nicht an seinem Willen, sondern nur an dem Dasein des zufälligen Beweg-

grundes seines Willens. Dies ist aber eben irrig. Die Erklärung desjenigen, der diese Sache für das Eigenthum seines Mandanten hält, das Eigenthum der Sache an den A übertragen zu wollen, ist, wenn der Mandant nicht ihr Eigenthümer ist, sondern ein Anderer, etwa er selbst, ebenso gut eine Erklärunng ohne Willen, wie wenn er dabei zwei Sachen selbst mit einander verwechselte und diejenige tradirte, welche er nicht tradiren will. Er hat nur das Eigenthum seines Mandanten übertragen wollen, kein anderes, also auch nicht das seinige, wenn er Eigenthümer war. Für ihn ist der Irrthum über das Subjekt des Eigenthums stets ein den Willen ausschließender, wesentlicher Irrthum.

Vielleicht erscheint manchem Leser diese Ausführung als eine zu einseitig auf moderne Rechtsanschauungen gebaute. Daß sie aber doch in der That nicht unrömisch ist, wird sich ergeben, wenn wir den Versuch machen, sie gleichsam in die römische Rechtssprache zu übersetzen. Diese gebraucht überhaupt weniger gern den Ausdruck dominium, sondern spricht gewöhnlich nur von der Sache selbst, wo wir von einem Eigenthum an der Sache reden; sie sagt nicht so gern acquiro rei dominium, als rem acquiro oder meam facio. „Ich bin Eigenthümer" drückt sie am liebsten so aus: res mea est. Die ächt römische Ausdrucksweise für die Willenserklärung des Tradenten würde also zunächst so lauten: volo ut haec res tua fiat. Hierbei wäre aber dann eben ein wesentlicher Bestandtheil des Willensinhalts verschwiegen, der jedenfalls hinzu zu denken ist: volo hanc rem meam esse desinere, ut tua fiat oder volo, ut haec res ex mea tua fiat. Denn das erschöpft das Wesen der Tradition nicht, daß der Tradent will, es solle fortan der Empfänger die Sache haben, sondern daß er die Sache weggeben will an den Empfänger, oder mit andern Worten, daß er will, ut is, cui tradit, in suum locum succedat. Mit der Erklärung: volo ut haec res tua fiat, meint also der im Namen des Pupillen tradirende Vormund nicht: volo ut haec res tua fiat,

cujuscunque nunc est, sondern lediglich: volo, hanc rem pupilli mei esse desinere, ut tua fiat. Gehört folglich die Sache, ohne daß er es weiß, ihm selbst, so ist seine Erklärung: haec res tua esto, insofern sie zu sagen scheint: haec res ex mea tua fiat, eine Erklärung ohne Willen; sein Irrthum war ein solcher, der den in seiner Erklärung scheinbar liegenden Willen in der That völlig ausschloß.

Wenn daher Savigny[2]) unter die s. g. wesentlichen Irrthümer nur die rechnet, welche sich 1) auf die Natur des Rechtsverhältnisses, 2) auf die in dem Rechtsverhältniß uns gegenüber stehende Person, und 3) auf die Sache beziehen, die den Gegenstand des Rechtsverhältnisses bildet, so muß man ihnen noch beifügen 4) den Irrthum, welcher sich auf die Zuständigkeit oder das Subjekt des den Gegenstand des Rechtsverhältnisses bildenden Rechts bezieht, sofern dasselbe nämlich gerade von seiner aktiven Seite Gegenstand der Willenserklärung ist.

Gerade ein solcher dem error in corpore analoger Irrthum, keineswegs aber ein wirklicher error in corpore ist denn offenbar auch gemeint in L. 3 §. 8 D. de cond. causa data (12, 4), wenn es hier heißt:

> quum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos.

Ebenso gehört hierher ferner L. 15 §. 2 D. de contrah. emt. (18, 1):

> Si rem meam mihi ignoranti vendideris et jussu meo alii tradideris, non putat Pomponius, dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire; et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam jussu meo alii tradas, idem dicendum erit.

Wir haben hier eine Tradition durch einen Stellvertreter, wodurch der Auftrag des wirklichen Eigenthümers vollzogen wird, der aber dadurch über das Eigenthum des

---

[2]) System Bd. 3. S. 267. — Ebenso Puchta Pandekten §. 57.

Stellvertreters verfügen will, über welches er kraft eines mit ihm über die Sache abgeschlossenen Kaufvertrags verfügen zu können glaubt, während dieser Kaufvertrag, da er rem emtoris zum Gegenstand hatte, nichtig ist. Dürften wir die Erklärung des die Tradition Auftragenden auffassen als Erklärung, **das** Eigenthum überhaupt übertragen zu wollen, so müßte der Vollzug des Auftrags den Empfänger zum Eigenthümer der Sache machen. Allein ihr Gegenstand ist nicht das Eigenthum überhaupt, nicht der Eigenthumszustand der Sache, das objektive Eigenthum, sondern lediglich das aktive oder subjektive Eigenthum des Mandatars [3]), welches gar nicht existirt, während der Auftraggeber **sein** wirklich existirendes Eigenthumsrecht nicht übertragen haben will. Dieses kann also auch auf den Empfänger nicht übergehen. Ebenso wenig kann aber auf denselben ein Eigenthumsrecht des tradirenden Stellvertreters übergehen; denn dieser will zwar **sein** Eigenthumsrecht übertragen, aber er hat das Eigenthumsrecht nicht, welches er zu haben meint. Der Mandant bleibt bei dieser Tradition Eigenthümer, der Empfänger erwirbt nur juristischen Besitz, der ihn aber allerdings durch Vollendung einer usucapio pro suo zum Eigenthümer machen kann.

Ganz dieselben Gedanken liegen nun aber auch der L. 49 D. mandati (17, 1) zu Grunde, welche meist sehr mißverstanden worden ist:

> Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset; de jure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindi-

---

[3]) „hoc mihi propositum fuit, quasi tuum dominium (dein **vermeintliches** Eigenthum) transire.“

cationem ei concedendam; et idcirco mandati eum non teneri, sed contraria mandati[4]) agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli mali summovetur, et adversus venditorem[5]) testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

Marcellus stellt hier zwei Fälle auf, welche darin übereinstimmen, daß der wirkliche Eigenthümer eines Sklaven durch ein Verkaufsgeschäft über denselben verfügt, ohne daß er von seinem Eigenthumsverhältniß zu demselben das richtige Bewußtsein hat. Im ersteren Fall verkauft er ihn im Auftrag des Usucapionsbesitzers, welchen er irriger Weise für den Eigenthümer hält, im andern läßt er ihn durch einen Dritten verkaufen; er ist hier beim Verkauf als Mandator, dort als Mandatar thätig. Im Uebrigen aber darf dieser zweite Fall nicht mit Puchta[6]) so aufgefaßt werden, „daß „der Eigenthümer nachher Erbe des wegen Eviktion Be„rechtigten ist", denn dazu würde die Ausdrucksweise: quum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset durchaus nicht

---

[4]) Die Worte eum non teneri sed contraria fehlen in dem florentinischen Manuscript; offenbar nur in Folge des so oft vorkommenden Versehens, vermöge dessen eine Reihe von Worten im Abschreiben ausgelassen wird, weil sie mit einem Worte schließt, welches dem dieser Reihe unmittelbar vorangehenden gleich ist; es ist dies hier das Wort mandati. Die Auctorität der Florentina hat aber die neueren Herausgeber bewogen, diese unzweifelhaft ächte Ergänzung der Vulgata (vergl. Savigny Geschichte des R. R. im M A Bd. 3 S. 456 der 2. Ausgabe) gleichfalls wegzulassen. Beiläufig will ich bezeugen, daß auch die Handschrift des Digestum vetus in unsrer (der Erlanger) Universitätsbibliothek (vergl. über diese Handschrift Spangenberg Einleitung in das Römisch Justinianische Rechtsbuch S. 515) diese Ergänzung hat.

[5]) Auch hier hat unser Codex diese unzweifelhaft richtige Lesart statt der florentinischen: venditionem.

[6]) Vorlesungen Bd. 1. Beil. XV. a. E.

passen; es müßte vielmehr, wenn Marcellus dies gemeint hätte, nothwendig heißen emeret. Sondern man muß annehmen, daß sich Marcellus den Fall so gedacht hat: der Erblasser hat den Sklaven, als er schon Eigenthum des Titius war, von einem Dritten, der ihn wider den Willen des Titius besaß, gekauft; Titius hat ihn in der Erbschaft gefunden, ohne zu wissen, daß er ursprünglich sein Eigenthum sei; er glaubt, ihn jure hereditario erworben zu haben, und in diesem Irrthum läßt er ihn durch mich verkaufen. Die Frage, welche Wirkung die Tradition in beiden Fällen hinsichtlich des Eigenthumsverhältnisses habe, wirft Marcellus gar nicht auf und beantwortet sie also auch natürlich gar nicht, wenigstens nicht geradezu. Er fragt nur, wie es dabei mit dem jus evictionis und mit dem Mandat aussehe. Hierauf antwortet er nun zuerst mit Beziehung auf den ersten Fall in den Worten: Et puto bis venditurus non fuerit. Zunächst geht hier seine Antwort dahin: der als vermeintlicher Procurator und Nichteigenthümer verkaufende Eigenthümer sei dem Käufer eviktionspflichtig. Offenbar richtig; denn hinsichtlich des Kaufsvertrags ist es ganz gleichgültig, ob der Verkäufer Eigenthümer ist, oder nicht, ob er in eigenem oder fremdem Namen verkauft; es ist genug, daß er die Sache gegen den ausgemachten Preis zu tradiren verspricht, und auch wirklich tradiren will, um ihn eviktionspflichtig zu machen. Daraus folgert jedoch sodann Marcellus eben so richtig, daß wenn er tradirt hat, und nun vindiciren will, nachdem er zum Bewußtsein seines Eigenthumsrechts gekommen ist, ihm die Vindication nicht gestattet werden dürfe, d. h., wie aus dieser Schlußfolgerung hervorgeht, daß dem Käufer gegen seine rei vindicatio eine exceptio rei venditae et traditae zu geben sei. Ebendarin liegt nun aber auch, daß Marcellus keinen Eigenthumsübergang auf den Käufer annimmt, was denn auch ganz mit dem zu L. 35 D. de A. R. D. vorhin Ausgeführten übereinstimmt. Ferner spricht er dem Auftraggeber die Mandatsklage gegen Titius ab,

und zwar wieder als Folge davon, daß er nicht (mit Erfolg) vindiciren kann. Könnte er nämlich vindiciren, so müßte er seinem Auftraggeber den vom Käufer erhaltenen Kaufpreis herausgeben; weil er aber in Folge der Vollziehung des Auftrags und der dadurch übernommenen Eviktionspflicht die Sache dem Käufer lassen muß, also um den Werth derselben ärmer wird, so wäre es gegen die bona fides, wenn der Mandant ihm den Kaufpreis abfordern wollte, statt seinen Regreß gegen den zu nehmen, von welchem er den Sklaven gekauft hat. Im Gegentheil, fährt Marcellus fort, kann Titius seinen Mandanten mit der actio mandati contraria belangen, vorausgesetzt nämlich, daß er bei richtigem Bewußtsein den Sklaven wenigstens für diesen Preis nicht verkauft hätte; denn sonst freilich hätte er kein Interesse, welches er mit der actio mandati contraria geltend machen könnte. Lag ihm aber daran, den Sklaven zu behalten, ist er also durch den ihm bleibenden Kaufpreis nicht befriedigt, so kann er den hieraus für ihn erwachsenen Schaden mit jener Klage vom Mandaten allerdings ersetzt verlangen.

Mit den Worten Contra mandator beginnt nun die Entscheidung des zweiten Falls. Der Jurist denkt sich folgende weitere Entwicklung desselben. Titius entdeckt den wahren Sachverhalt; er erfährt, daß der Sklave, welchen er hat verkaufen und tradiren lassen, zu seinem eigenen Vermögen, nicht zu der Erbschaft gehört, für deren Bestandtheil er ihn bisher gehalten hatte, und will ihn nun vom Käufer zurückhaben. Auch hier hält Marcellus eine exceptio doli zur Beseitigung dieser rei vindicatio für nöthig, erkennt also wieder stillschweigend an, daß Titius durch die in seinem Auftrag vollzogene Tradition zwar zur Anerkennung des Kaufvertrags und des darauf folgenden Anspruchs des Käufers auf Gewährung des habere licere verpflichtet sei, keineswegs aber sein Eigenthum verloren habe. Hierin liegt abermals eine Anwendung des von uns oben geltend gemachten Princips. Titius wollte nicht das Eigenthum überhaupt, sondern das

nur in seiner Vorstellung, nicht in der Wirklichkeit existirende Eigenthum seines Erblassers, als ein von diesem auf ihn übergegangenes, nicht aber sein wirklich an dem Sklaven schon vorlängst erworbenes Eigenthumsrecht, er wollte also in der That dieses **sein** Eigenthumsrecht an demselben **nicht** übertragen; seine Erklärung war eine Erklärung ohne Willen, sein Irrthum ein den durch die Erklärung ausgesprochenen ausschließender, ein wesentlicher Irrthum, ein Irrthum über den Gegenstand der Erklärung, ohne ein error in corpore zu sein. Es steht ihm also die vindicatio ipso jure zu, nur durch eine exceptio doli ist sie ausgeschlossen. Aber ohne Hülfe ist er darum nicht, er kann seinen Regreß gegen den nehmen, welchem sein Erblasser den Sklaven abgekauft hat.

Die Mandatsfrage erörtert **Marcellus** hier nicht. Ihre Beantwortung ergibt sich sehr einfach von selbst. Titius kann von seinem Mandatar Herausgabe des Kaufpreises verlangen, und eben deswegen stellt es sich um so mehr als dolos dar, wenn er den Sklaven vom Käufer vindiciren will. Er kann auch nur insofern er dadurch nicht wirklich befriedigt wird, gegen den venditor testatoris sui klagen; wird er aber nicht auf diese Weise befriedigt, so kann er es allerdings.

Sehr merkwürdig ist es nun, daß bereits die **Glosse** die richtige Auffassung des zweiten Falls unserer Stelle hat, wie sich aus folgenden Worten des Casus (von Vivianus) ergibt: pone, quod habebam servum: et Titius eum emit a non domino bona fide, cui Titio successi. mandavi procuratori meo, ut ipsum venderet, quia credebam, eum meum esse ex causa hereditaria, cum alias esset meus: an mihi vindicanti servum ab emtore obstet exceptio? Et dicitur quod sic, wie es auch nachher zum Wort emisset heißt: a non domino, cum Titius erat dominus. Jo. cum ex ancilla sua erat natus. Die **Glosse** entscheidet sich auch ebenso richtig dafür, daß in beiden Fällen kein Eigenthumsübergang Statt finde, unter Verweisung auf die Bemerkungen zu L. 1 D. de officio proc. Caes. (1, 19), welche die ganz richtige

Theorie über die hierher gehörigen Fälle enthalten, wenn sie auch nicht auf die letzten und eigentlichen Gründe eingehen. Aber aus gewohnter Verachtung der Glosse haben alles dieses die späteren Ausleger ignorirt, und ist eine offenbar falsche Erklärung unserer Stelle zu ziemlich allgemeiner Geltung gelangt [7]).

Der wahre Nerv der Tradition als Eigenthumsübertragung ist der Wille des bisherigen Eigenthümers oder dessen, der für ihn wollen darf, wie der Vormund für den Mündel, sein oder das fremde, aber seiner Verfügung unterworfene Eigenthumsrecht an der Sache dem Erwerber abzutreten. Dieser Wille hat zwei Bestandtheile: den Entschluß, das Eigenthumsrecht aufzugeben und die Absicht, daß es auf den, welchem tradirt wird, übergehe. Diese beiden Bestandtheile können zwar und müssen in Gedanken auseinandergehalten werden, aber in der Wirklichkeit kommen sie bei einer wahren Tradition immer nur so vor, daß sie sich gegenseitig durchdringen und bedingen. Wer einem Andern tradirt, um ihm das Eigenthum zu übertragen, will sein Eigenthum aufgeben, um diesen zum Eigenthümer zu machen; die zweite Absicht schließt nothwendig die erstere als unerläßliche Voraussetzung in sich; aber es ist nicht wahr, daß er sein Eigenthum schlechthin aufgeben will, d. h. auch für den Fall, daß der, welchen er zum Eigenthümer machen will, es nicht wird. Es verhält sich dieses ganz eben so bei der Tradition als bloser Besitzüberlieferung. Celsus begieng hier den Fehler, jene beiden Bestandtheile des in der Person des Tradenten vorhandenen Willens auseinander zu reißen, indem er (in L. 18 §. 1 D. de poss.) behauptete, wer einem Wahnsinnigen tradire, indem er ihn für nicht wahnsinnig halte, verliere den Besitz, obwohl ihn der Wahnsinnige nicht erwerbe:

[7]) Vergl. Glück Pandekten-Commentar Bd. 8. §. 582. Anmerkung 9. S. 112 f. Nur Mühlenbruch in seinem Buch über die Cession (3. Aufl.) §. 13. Note 126. S. 131. hat wieder auf die richtige Erklärung aufmerksam gemacht, jedoch bis jetzt mit geringem Erfolg.

Illud enim, meint er, ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat; imo vult dimittere, quia existimat, se transferre.

Mit vollem Recht verwirft Ulpian diese Ansicht (in L. 34 pr. eod.):

Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego me putarem in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quando autem in corpore non[8]) consenserimus, an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest; et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.

Du weisest mich, sagt der Jurist, in den ledigen Besitz des Cornelianischen Landguts ein, ich ergreife den Besitz desselben, aber in der Meinung, es sei mir der Besitz des Sempronianischen Guts angewiesen. Besteht der Irrthum in einer blosen Namenverwechslung, so ist er ohne Bedeutung; will ich aber den Besitz eines mir bekannten wirklichen Sempronianischen Landguts, welches ich mit dem Cornelianischen verwechsle, so werde ich bloser Detentor des letztern, auf welches ja nun offenbar mein Besitzwille nicht gerichtet ist. Nichtsdestoweniger hättest du nach der Ansicht des Celsus hier den Besitz verloren: voluisti dimittere, würde er sagen, quia existimasti, te transferre; ja man könnte hier um so mehr geneigt sein, den Verlust des Besitzes bei dir anzunehmen, weil ich hier wirklich corpore den Besitz erworben habe, und nur noch animo zu erwerben brauchte, um juristischer

---

8) Haloander; die Florentina hat offenbar falsch: quoniam und in corpore consenserimus (ohne non).

Besitzer zu sein. **Ulpian** entscheidet sich aber doch dagegen: der Apprehendent, sagt er, wird nicht Besitzer, weil der Irrthum bei ihm den dazu erforderlichen Besitzwillen ausschließt; eben deshalb verliert auch der Tradent den Besitz nicht; denn die blose Detention des Apprehendenten an sich hebt seinen Besitz nicht auf, und daß er durch einen Entschluß, den Besitz aufzugeben, ihn verloren habe, kann man auch nicht sagen, da ja dieser Entschluß gewissermaßen ein bedingter war: ich verzichte auf den Besitz dieses Grundstücks, wenn du ihn erwerben willst; wenn du ihn nicht erwerben willst, so will ich fortbesitzen.

Der Widerspruch zwischen L. 34 pr. und L. 18 D. de poss. ist handgreiflich, aber es ist hier meines Erachtens ohne Bedenken die historische Vereinigung anzuwenden; **Ulpian** sagt selbst, daß **Celsus** die von ihm verworfene Meinung gehabt habe; der Widerspruch beider Stellen mit einander konnte also um so weniger den Compilatoren entgehen; bei diesem Bewußtsein konnten sie aber doch gewiß die Stelle des älteren Juristen neben der des neueren in demselben Titel nur in der Absicht aufnehmen, um deutlicher zu machen, welches der eigentliche Inhalt der von **Ulpian** verworfenen älteren Meinung gewesen sei.

Wollten wir aber auch eine Antinomie annehmen, so müßten wir doch ebenso für **Ulpian** uns entscheiden; denn seine Ansicht ist die richtigere. Der Entschluß des Tradenten enthält in der That den Verzicht auf den Besitz und die Absicht, den Empfänger zum Besitzer zu machen, keineswegs so unverbunden neben einander, sondern ganz ebenso in bedingter und bedingender Verbindung mit einander, wie der in einem vertragsmäßigen Versprechen enthaltene Wille sich zu verpflichten stets wesentlich bedingt ist von der Annahme dieses Versprechens durch den, welchem es geleistet wird. Ueberdies ist ja auch im Grunde in der Absicht des Tradenten, den Besitz zu übertragen, nicht sowohl ein thätiges Wollen, nicht mehr zu besitzen, als vielmehr nur ein lei-

dendes Sichgefallenlassen des Besitzverlusts enthalten. Daß wie sich hiernach von selbst versteht, auch die durch den Mangel der Willensübereinstimmung auf Seiten des Empfängers vereitelte Absicht des Tradenten, diesen zum Eigenthümer zu machen, zugleich verhindert, daß die darin gelegene Absicht oder vielmehr, genauer ausgedrückt, Bereitwilligkeit des Tradenten, seines Eigenthums sich zu begeben, eine selbstständige Wirkung habe, wird bestimmt, wenn auch nur indirekt anerkannt in L. 18 §. 1 de R. C. [9])

Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum, nec mutuum est. Idem est, si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi; sed in utroque casu consumtis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit.

Daß Ulpian in beiden Fällen die condictio nur consumtis nummis annimmt, beweist, daß er auch im zweiten Falle die wegen des mangelnden Consenses für den Empfänger erfolglos gebliebene Tradition nicht als Dereliction wirken lassen will, obwohl er dies thun müßte, wenn er den in dem Willen des vermeintlichen Darlehensgebers enthaltenen Entschluß, sein Eigenthum an den Geldstücken aufzugeben, als einen von dem Erfolge der Tradition unabhängigen auffaßte.

Ist aber demnach der Wille des Tradenten, sein Eigenthum auf den Erwerber zu übertragen wenigstens ebenso wesentlich, als sein Wille sich des Eigenthums zu begeben, so liegt die Frage sehr nahe, ob es nicht auch zur Wirksamkeit der Tradition unerläßlich gehöre, daß jener Wille auf eine bestimmte Person gerichtet sei? Diese Frage würde entschieden bejaht werden müssen, wenn es feststünde, daß die Tradition als Eigenthumsübertragung wesentlich ein Vertrag im

---

9) Die Stelle ist aus demselben l. VII. Disputationum Ulpiani, welchem L. 34 de poss. angehört.

strengen Sinn des Worts sei; denn eine Vertragschließung mit einer unbestimmten Person ist nicht denkbar. Ich sehe aber nicht ein, welchen Grund man im Wesen des Eigenthums finden könnte, um für den Uebergang desselben als Folge des Besitzübergangs noch irgend etwas Anderes zu fordern, außer dem Zusammentreffen des übereinstimmenden Willens des Tradenten und des Besitzerwerbers, daß das Eigenthum von jenem auf diesen übergehe; und zu diesem Zusammentreffen bedarf es offenbar keiner eigentlichen Vertragschließung zwischen ihnen. Von diesem Gedanken jedenfalls geht auch Gajus aus, wenn er in L. 9 §. 7 D. de A. R. D. (41, 1) sagt:

> — interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, ut ecce, qui missilia jactat in vulgus; ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen, quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit.

Zwar läßt sich bezweifeln, ob diese Stelle geradezu die Frage beantworte, welche wir oben aufgeworfen haben; denn daß Gajus den Erwerb der missilia durch den Auffangenden als Eigenthumserwerb durch Tradition betrachte, liegt in seinen Worten nicht nothwendig; vielmehr ist man versucht, aus dem unmittelbar folgenden §. 8 der Stelle das Gegentheil zu schließen, wo mit dem dort besprochenen Vorgang der des Seewurfs verglichen und von den über Bord geworfenen Waaren gesagt wird:

> dominorum permanent, quia non eo animo ejiciuntur quod quis eas habere non vult;

was zu sagen scheint: hier kann nicht, wie im andern Fall von Dereliction die Rede sein.

Noch mehr hat es den Anschein, daß Justinian, indem er jene Aeußerung über den jactus missilium in den §. 46 I. de R. D. aufnahm, dabei nicht an eine Tradition dachte; denn er fährt hier im §. 47 unmittelbar so fort:

Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici.

Ich wüßte kaum, wie er deutlicher zu erkennen geben könnte, daß der Vorgang beim jactus missilium als eine Dereliction und nachfolgende Occupation anzusehen sei, wie dieses auch wenigstens für viele hierher gehörige Fälle die allein richtige Ansicht ist. Denn sehr oft wird hier ein unmittelbarer Besitzübergang, wie er doch zum Wesen der Tradition vor Allem gehört, nicht Statt finden. Der Auswerfende entäußert sich des Besitzes durch den Wurf; es ist ganz zufällig, wenn das Ausgeworfene gleich Jemanden in die Hände fällt; es kann auch längere Zeit auf dem Boden als besitzlose Sache liegen bleiben und nun erst von Jemand aufgegriffen werden. Wo freilich ein eigentliches Auffangen (excipere) eintritt, läßt sich der unmittelbare Besitzübergang nicht läugnen. Doch ist dies eben auch nicht der nothwendige Hergang.

Allerdings aber ist der jactus missilium immer eine modificirte Dereliction. Der gewöhnlichen Dereliction liegt eine rein negative Absicht zu Grunde: die Sache nicht mehr haben zu wollen, mit völliger Gleichgültigkeit über ihr ferneres Schicksal; der Occupant erwirbt sie nur zu eigen, weil seinem Willen, sie zu haben, kein berechtigter fremder Wille entgegensteht. Beim jactus missilium dagegen will der Derelinquent, daß die Sache, welche er nicht mehr haben will, an einen Andern gelange, er wirft sie aus, damit sie Jemand sich zueigne; der Occupant hat hier den Willen des vorigen Eigenthümers nicht nur nicht gegen, sondern sogar für sich. So faßt Pomponius diesen Hergang auf in L. 5 §. 1 pro derelicto (41, 7):

— quum quis aes sparserit, aut aves emiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen ejus fierent, cui casus tulerit (oder qui ea sustulerit),

eaque quum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur, voluisse alicujus fieri.

Der Grundsatz nun steht jedenfalls nach diesen Stellen fest: wenn der bisherige Eigenthümer will, daß seine Sache an irgend Jemand gelange, der sie haben wolle, so genügt dieses, um Jeden, der in Gemäßheit dieses Willens sie mit dem Eigenthumserwerbswillen apprehendirt, zu ihrem Eigenthümer zu machen.

Hieraus folgt nun aber nothwendig: wenn der Eigenthümer seine Sache einem Stellvertreter als solchem tradirt, mit dem Bewußtsein, daß er Stellvertreter, aber ohne zu wissen, wessen Stellvertreter er sei, so macht er dadurch den Vertretenen unmittelbar zum Eigenthümer, obwohl nun bei der Tradition sein Wille nicht die Richtung auf eine bestimmte Person hatte, sondern auf Jemanden, in dessen Namen der Stellvertreter handeln möge.

Puchta geht bekanntlich noch einen Schritt weiter: er behauptet [10]), auch wenn der Eigenthümer einer Person tradire, von der er nicht wisse, daß sie in fremdem Namen handle, dabei aber es ihm gleichgültig sei, ob durch die Tradition das Eigenthum an sie, oder durch sie an irgend einen Dritten gelange, erwerbe doch durch diese Tradition derjenige das Eigenthum unmittelbar, in dessen Auftrag und für den der Apprehendent die Sache empfange. Insbesondere, meint er, sei dies beim Verkauf gewöhnlich so anzusehen, indem der Verkäufer regelmäßig nur die Absicht habe, den zum Eigenthümer zu machen, von dem ihm der Preis werde.

Unstreitig empfiehlt sich diese Ansicht durch eine gewisse Natürlichkeit und Bequemlichkeit für den täglichen Verkehr. Aber ob sie juristisch begründet sei, ist damit noch nicht entschieden, in der That stehen ihr vielmehr in juristischer Be-

---

[10]) Vorlesungen §. 148 a. E. Kl. civilist. Schriften N. XXXII. (de dominio rerum per procuratorem acquirendo 1842.)

ziehung erheblichere Zweifel entgegen, als Puchta zuzugeben geneigt ist.

Wer einem bestimmten ihm gegenwärtigen Individuum eine Sache tradirt, ohne dessen Eigenschaft als Stellvertreter eines Andern zu kennen, kann, scheint es, nur den positiven Willen haben, dieses Individuum selbst zum Eigenthümer zu machen; also nicht einen Andern. Es ist wahr, daß er als Verkäufer in der Regel ebenso gern jeden Andern zum Eigenthümer machen würde, der ihm denselben Preis zahlte; aber indem er nun eben einmal eine bestimmte Person vor sich hat, welche in eigenem Namen mit ihm abschließt, und der er tradirt, hat er doch eigentlich nicht mehr den unbestimmten Willen, die Sache zu geben, von wem ihm der Preis werde, sondern den bestimmten Willen, sie diesem zu geben, der sich ihm als Abkäufer in eigenem Namen darstellt. Auch der Stellvertreter, der sich als solcher nicht zu erkennen gibt, und keinen Grund hat anzunehmen, der, mit welchem er abschließt und von dem er sich tradiren läßt, wisse sonst schon, daß er als Stellvertreter handle, muß, scheint es, vernünftigerweise voraussetzen, daß der Andere ihm nur mit der Absicht tradire, ihn, den gegenwärtigen Empfänger zum Eigenthümer machen zu wollen. Ist er also auch Willens die Sache für seinen Auftraggeber zu erwerben, so liegt es doch nahe, dies nur in dem Sinn anzunehmen, daß er sie erwerben und dann sein Eigenthum auf denselben übertragen wolle.

Dieser Auffassung wäre dann auch ganz entsprechend der Ausspruch von Callistratus in L. 59 de A. R. D. (41, 1):

> Res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.

Die Voraussetzung, daß der Verkäufer den Bevollmächtigten für einen Käufer in eignem Namen halte, konnte Callistratus ganz füglich verschweigen; denn wenn Jemanden der unbestimmte Auftrag gegeben wird, eine Sache d. h. irgend

eine taugliche Species von einer gewissen Gattung einzukaufen, wird er beim Einkauf einer solchen Sache gewöhnlich so verfahren, daß der Verkäufer keine Ahnung davon bekommt, er kaufe nicht für sich selbst ein, sondern für einen Andern. Eben so natürlich ist es eben deshalb, daß umgekehrt Neratius in L. 13 eod. den unmittelbaren Eigenthumserwerb des Dominus durch die Tradition an den Stellvertreter ausdrücklich davon abhängig macht, daß der Stellvertreter erklärtermaßen als solcher auftritt:

> Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur, etiam ignoranti. §. 1. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator, emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus.

Der Mandatar und der Vormund können, sagt der Jurist, dem Vollmachtgeber oder Mündel ohne gleichzeitiges Bewußtsein derselben von der Tradition durch diese unmittelbar Eigenthum erwerben; aber dies setzt voraus, daß sie kaufen oder doch sich tradiren lassen in fremdem nicht in eigenem Namen d. h. daß sie durch ihre Erklärung, in fremdem Namen zu handeln, den Willen des Tradenten von ihrer Person ab- und unmittelbar auf ihren Mandanten oder Pupillen lenken.

Puchta hat ganz Recht, wenn er sagt: tradita meo nomine heißt nicht: der Tradent hat den Willen mich zum Eigenthümer zu machen; aber es muß auch nicht, wie er meint, heißen: der Procurator hat den Willen mich zum Eigenthümer zu machen, sondern es kann ganz einfach hier, wie im §. 1 bedeuten: der Käufer erklärt, daß er in meinem Namen die Sache in Empfang nehme.

Endlich L. 42 §. 1 D. de poss.:

> Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; quodsi sua

> sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem

hat überhaupt offenbar nur die Frage im Auge, ob der Güterverwalter schon in Folge seines allgemeinen, oder nur in Folge eines besondern Mandats unmittelbar dem Herrn Besitz erwerben kann. Wird also hier im ersten Glied der Stelle die Voraussetzung, daß der Verwalter sich als Stellvertreter zu erkennen gebe, verschwiegen, so beweist dies noch nicht, daß diese Voraussetzung eine für den unmittelbaren Besitzerwerb entbehrliche sei.

So hat es denn in der That allen Anschein, daß nach der Auffassung der Römischen Jurisprudenz die Tradition an einen Stellvertreter, den der Tradent nicht als Stellvertreter kennt, blos diesen selbst, und nicht seinen Principal unmittelbar durch ihn zum Besitzer und Eigenthümer macht.

Aber auf einen ganz andern Gesichtspunkt führt uns eine Stelle, welche Puchta bei dieser Frage übersehen hat, L. 1 §. 20 D. de possessione:

> Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent nobis, non possumus [11]) acquirere. Alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Unstreitig setzt hier Paulus voraus, daß der Tradent nicht den bestimmten, positiven Willen hat, den Principal zum Besitzer und Eigenthümer zu machen; denn er läugnet den Besitzerwerb für diesen, wenn der Stellvertreter für sich erwerben will, während dies doch nach dem sehr bestimmten Ausspruch der L. 13 D. de donat. (39, 5) den unmittelbaren

---

[11]) S. Savigny Besitz §. 26. Note 3.

Besitzerwerb des Principals keineswegs hindert, wenn der Tradent diesem durch den Stellvertreter tradiren will. Auch legt Paulus hier offenbar nur auf die Absicht des Stellvertreters, für seinen Principal zu erwerben, Gewicht, nicht auf seine Erklärung, daß er als Stellvertreter handle.

Hierdurch wird es klar, wie die Römische Jurisprudenz die Bedeutung der Tradition unter Dazwischenkunft eines Stellvertreters für den Erwerber in Wahrheit auffaßt. Hat der Tradent den bestimmten Willen, durch den Procurator dessen Mandanten zum Besitzer (und Eigenthümer) zu machen, so ist selbst der widerstrebende Wille des Procurators kein Hinderniß für den vom Tradenten beabsichtigten Erfolg der Tradition. Will aber der Principal durch den Stellvertreter erwerben, der Tradent dagegen seinen Besitz und sein Eigenthum zunächst nur auf den Stellvertreter übertragen, ohne daß jedoch seine Traditionsabsicht ausschließend auf die Person des Stellvertreters gerichtet ist, so ist der Wille des Stellvertreters entscheidend; will dieser nicht für sich, sondern für seinen Principal erwerben, so wird derselbe unmittelbar Besitzer und Eigenthümer ohne Wissen des Tradenten. Um durch Tradition zu erwerben, genügt zwar nicht der Wille des bisherigen Besitzers und Eigenthümers, sich des Besitzes und Eigenthums schlechthin begeben zu wollen; dadurch könnte nur ein originärer Erwerb des Apprehendenten vermittelt werden. Aber es genügt dazu der Wille des bisherigen Herrn der Sache, Besitz und Eigenthum übertragen zu wollen, ohne daß dazu eine bestimmte Richtung dieses Willens gerade auf die Person des Erwerbers gehört. Mehr verlangt auch die Natur der Sache nicht.

Der Erwerber muß sich bei der Tradition auf den Willen des bisherigen Eigenthümers der Sache stützen können, nicht blos, wie bei der Occupation auf seinen eigenen. Dies kann er aber auch vollständig, wenn nur der Traditionswille desselben so beschaffen ist, daß er sich nicht darum küm-

mert, ob der, welchem er tradirt, für sich oder für einen Andern erwerben will.

Blicken wir nun in diesem Lichte noch einmal auf L. 59 de A. R. D. zurück, so ist es klar, daß sie zwar keineswegs etwas absolut Unrichtiges aussagt, andererseits aber auch entschieden falsch verstanden werden würde, wenn man nicht die Voraussetzung des wenigstens möglichen, ja gewiß nicht selten vorkommenden Umstandes hinzudenken würde, daß der Beauftragte nur zum Einkauf, nicht zum Besitzerwerb beauftragt ist, oder doch seinerseits den Besitz nur mit der Absicht erwirbt, einstweilen blos für sich selbst den Besitz zu erwerben, indem er sich vorbehält, ihn nachher erst dem Principal durch eine neue Tradition zu überliefern. Und in L. 13 eod. sind wir nun allerdings berechtigt, das „meo nomine" nur auf die Absicht des Stellvertreters, nicht auf eine an den Tradenten gerichtete Erklärung desselben zu beziehen. Bei L. 42 §. 1 de poss. endlich bedarf es nun der Annahme einer stillschweigenden Voraussetzung nicht mehr.

Daran ist aber freilich genau festzuhalten, daß die Tradition unwirksam ist, sobald der Wille des Tradenten wirklich ausschließlich auf eine bestimmte andere Person gerichtet ist, als auf die, welche durch die Tradition erwerben will. Es wird die Bedeutung dieses Satzes am anschaulichsten werden, wenn wir folgende zwei Fälle mit einander vergleichen;

1) A verkauft an B eine Waare und händigt sie ihm ein, ohne zu wissen, daß B für den C die Waare einkauft und erwerben will. Da er doch jedenfalls die Möglichkeit voraussetzen muß, daß dieses der Fall sei, so kann man sagen, sein Wille, das Eigenthum der Waare an B abzutreten, schließt in der That den Willen in sich, dasselbe auch an den allenfallsigen Auftraggeber des B abzutreten; wesentlicher Inhalt desselben ist nur die Absicht, das Eigenthum zu Gunsten eines Andern aufzugeben in Gemäßheit des Willens desjenigen, mit dem er contrahirt, nicht aber es zu Gunsten gerade dieses mit ihm contrahirenden Individuums

selbst aufzugeben. Hier erwirbt also C das Eigenthum unmittelbar, wenn B die Sache für ihn in Empfang nimmt.

2) A hält den B, mit dem er über eine Waare einen Kaufvertrag eingeht, und dem er sie einhändigt, irriger Weise für einen bestimmten Geschäftsfreund C. Hier kann man durchaus nicht behaupten, sein Wille, dem C die Waare käuflich abzulassen, enthalte zugleich den Willen in sich, sie an B abzulassen. Er würde zwar unter den gewöhnlichen Umständen bei Entdeckung des Irrthums sich leicht beruhigen, und die Tradition an B nachträglich stillschweigend genehmigen. Wenn aber B fallirte, ehe er von ihm Bezahlung erhalten hätte, so würde A nicht verfehlen, sein Eigenthumsrecht an der Waare und die Richtigkeit der an B erfolgten Tradition geltend zu machen, und kein verständiger Richter würde seine Vindication abweisen.

Es wird hieraus zugleich einleuchten, daß Puchta insofern in Irrthum ist, als er meint, die der Traditionswirkung unschädliche Unbestimmtheit der Absicht des tradirenden Verkäufers bestehe darin, daß der Verkäufer überhaupt dem sein Recht an der Waare abtreten wolle, von dem ihm der Preis werde. Sie besteht vielmehr darin, daß man bei Traditionen in der Regel überhaupt nur den Willen hat, sich hinsichtlich des ferneren Schicksals der Sache unbedingt dem Willen dessen zu fügen, an dem man bewußter Maßen tradirt.

Wie wenig streng die Römische Jurisprudenz es mit der Vertragsnatur der Tradition und mit dem Erfordernisse genauer Uebereinstimmung des Tradenten- und Erwerberwillens nimmt, zeigt auf merkwürdige Weise L. 9 §. 4 de juris et facti ign. (22, 6):

> Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

Wer eine Sache von mir kauft, mit der Meinung, ich sei nicht Eigenthümer derselben, kann nicht den Wil-

len haben, unmittelbar Eigenthum daran zu erwerben, sondern blosen Besitz, während ich bei dem Bewußtsein Eigenthümer zu sein, Eigenthum auf ihn übertragen will. Es findet also keine völlige Uebereinstimmung unseres Willens überein, und doch wird hier entschieden, daß die Tradition nach meinem Willen wirksam werde, und den Käufer unmittelbar d. h. ohne Usucapion (die hier auch gar nicht möglich wäre, weil es an der bona fides fehlte) zum Eigenthümer mache.

Wir sind durch diese Stelle, während wir bisher vorzugsweise die zur Wirksamkeit der Tradition erforderliche Beschaffenheit des Willens der tradirenden Person ins Auge gefaßt haben, von selbst darauf geführt worden, unsere Aufmerksamkeit auch dem Willen des Empfängers zuzuwenden. Insbesondere verdient in dieser Beziehung noch die Frage eine nähere Erwägung, ob dieser Wille der Richtung auf eine individuell bestimmte Sache bedürfe.

Puchta verneint auch diese Frage, indem er sie wieder nur für den Erwerb durch Stellvertreter aufwirft, und betrachtet als streng beweisend dafür den §. 1 der L. 34 de poss., mit deren principium wir uns oben S. 203 genauer beschäftigt haben. Er lautet so:

> Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, et procurator meus non erret, an mihi possessio acquiratur? Et quum placeat, ignoranti acquiri, poterit et erranti. Sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut acquiram possessionem.

Dürfte man nun freilich diese Stelle so verstehen, als ob ein error in corpore beim Auftrag zur Apprehension den unmittelbaren Besitzerwerb durch den mit richtigem Bewußtsein apprehendirenden Stellvertreter nicht hindern sollte, so würde man daraus jedenfalls mit der größten Sicherheit schließen dürfen, daß mindestens eben so wenig die blose Unbestimmtheit des Auftrags ihn hindern könne.

Das scheint mir aber unmöglich der wahre Sinn der Stelle sein zu können. Vergegenwärtigen wir uns nur den Fall, welchen der Jurist im Auge hat, ganz genau. Cajus hat von Titius den fundus Sempronianus gekauft; Titius fordert ihn auf, den fundus Cornelianus in Besitz zu nehmen, welchen Cajus, indem er ihn für identisch mit dem fundus Sempronianus hält, auch wirklich in eigener Person in Besitz nimmt. Hier erklärt Ulpian im principium der Stelle, wie wir schon oben sahen, die Tradition für ganz wirkungslos. Sollte nun der Fall des §. 1 so zu denken sein, daß Cajus, in eben jenem Irrthum befangen, seinen Verwalter beauftragte, den fundus Cornelianus in Besitz zu nehmen, der Verwalter aber diesen Auftrag ohne eine Verwechslung dieses fundus mit dem Sempronianus ausführte, so könnte Ulpian sich gewiß nicht dafür entscheiden, daß dadurch Cajus juristischer Besitzer des fundus Cornelianus geworden sei. Er wollte ja lediglich den Besitz des fundus S., also nicht den des fundus C., und nun sollte er wider seinen Willen durch die Apprehension des Verwalters Besitzer desselben werden? Das ist undenkbar. Auch wäre für diese Entscheidung der Grund, den Ulpian für seine Meinung anführt: quum placeat possessionem ignoranti acquiri, poterit et erranti, ganz unpassend. Denn die für den unmittelbaren Besitzerwerb unschädliche Unwissenheit des Principals besteht ja nur darin, daß er keine gleichzeitige Kenntniß vom Apprehensionsakt zu haben braucht; jener Irrthum wäre aber ein schon den Auftrag der Apprehension begleitender. Soll der von Ulpian angeführte Entscheidungsgrund wirklich passen, so muß er nothwendig einen Fall im Auge haben, wo der Principal nur im Augenblick des Apprehensionsaktes im Irrthum sich befindet, also z. B. von der Art: Cajus hat dem Titius wirklich den fundus C. abgekauft und schickt seinen Verwalter ab, um Besitz von demselben zu ergreifen. Nachher verwechselt er in Gedanken diesen fundus C. mit dem fundus S., und erzählt vielleicht

Jemanden in demselben Augenblick, wo der Verwalter sich den fundus C. tradiren läßt, er habe den fundus S. erworben. Ein solcher Irrthum des Principals ist natürlich unschädlich, weil etiam ignoranti possessio acquiratur, d. h., weil überhaupt kein mit dem Apprehensionsakt gleichzeitiges Bewußtsein des Principals zu seinem Besitzerwerb erforderlich ist, so ist demselben auch ein in diesem Augenblick irrthümliches nicht hinderlich [12]).

So verstanden aber beweist die Stelle natürlich für unsere Frage gar nichts. Wir bedürfen indessen, wie mir scheint, überhaupt keiner äußeren Auktorität, um unbedenklich uns dafür zu entscheiden, daß es zur Wirksamkeit der Tradition vollkommen genügt, wenn die bestimmte einzelne Sache, welche durch den Vollzug der Tradition in meine physische Gewalt kommt, jetzt als die von mir gewollte erscheint, mag auch die ursprüngliche Richtung meines Besitzwillens hinsichtlich des Gegenstands eine noch so unbestimmte gewesen sein. Gienge ich z. B. in einen Galanteriewaarenladen und sagte dem Kaufmann, er möge mir für einen Thaler, den ich ihm einhändige, irgend ein ihm zu einem Geschenk für eine gewisse Person passend scheinendes Stück seines Lagers in meine Wohnung schicken, so wäre ich gewiß in dem Augenblick, wo die von ihm ausgesuchte und von mir bereits bezahlte Sache in meiner Wohnung abgegeben und in Verwahrung gebracht worden wäre, Eigenthümer derselben geworden, wenn ich auch erst nach Jahren oder nie sie zu sehen bekäme oder sonst erführe, was mir geschickt worden ist. Denn in jenem Augenblick war es ja

---

[12]) Wenn Ulpian am Schluß der Stelle sagt: Sed si procurator meus erret, ego non errem: magis est, ut acquiram possessionem, so sieht dieses freilich auf den ersten Anblick so aus, als müßte er eben deshalb vorher im umgekehrten Fall sich dafür haben entscheiden wollen, daß ich den Besitz nicht erwerbe. Allein magis est bedeutet hier so viel, als eo magis verum est, d. h. hier ist es ganz unzweifelhaft, daß ich den Besitz erwerbe.

entschieden, daß ich eben diese Sache, welche nun in meine custodia gekommen war, auch wirklich besitzen und zu eigen haben wollte; denn ich wollte ja eben die Sache, welche der Kaufmann für mich aussuchen würde.

Hieraus folgt von selbst, daß auch bei dem Erwerb durch einen in Empfang nehmenden Stellvertreter es hinreicht, wenn diesem aufgetragen wird, eine von ihm auszuwählende Sache für uns zu erwerben und in Besitz zu nehmen. Sobald er die in Gemäßheit der ihm gegebenen Weisung ausgewählte Sache sich für uns hat einhändigen lassen, sind wir selbst Besitzer und wenn sonst Alles in Ordnung ist, Eigenthümer derselben geworden.

Die Willensrichtung des Erwerbers muß allerdings in den Augenblick, wo er den Besitz- und Zueignungswillen faßt, von der Beschaffenheit sein, daß in Gemäßheit derselben im Augenblick der Apprehension von selbst nur eine bestimmte einzelne Sache, ganz für sich davon getroffen werden kann, und die Beziehungen jener Willensrichtung auf alle sonstigen Sachen, die ursprünglich noch außer jener in ihrem Bereich lagen, nach dem Willen des Erwerbers selbst völlig weggefallen sind. Sein Wille muß von vornherein auf eine besondere einzelne Sache gerichtet sein, doch so, daß er die Bestimmung derselben einem Andern überlassen kann; also sie selbst blos mittelbar bestimmt. Eine ganz andere Unbestimmtheit ist die, welche der Erwerbsauftrag hat, der in der Aufstellung eines procurator omnium bonorum enthalten ist. Wenn dieser Sachen für den Principal erwirbt, so kann dieser Erwerb nie denselben unmittelbar zum Besitzer oder Eigenthümer machen; denn hier war die Willensrichtung desselben nie auf einzelne besondere Sachen gegangen, welche nur durch den Verwalter bestimmt werden sollen, sondern lediglich auf die Verwaltung, also freilich auch auf erwerbende Vermehrung des Vermögens, im Allgemeinen. Wer einem Andern den Auftrag gibt, ihm irgend einen Luxusgegenstand als Geschenk für eine gewisse Person zuzuschicken,

hat dabei doch die Vorstellung einer besonderen einzelnen Sache von jener Beschaffenheit, welche er haben will. Die Aufstellung eines allgemeinen Güterverwalters aber ist durchaus nicht von einer solchen Vorstellung besonderer einzelner Sachen, welche der Güterverwalter erwerben soll, begleitet.

Wenn ich nun an diese Erörterungen über den Sachenerwerb durch Tradition noch einige Bemerkungen über das Erforderniß der bona fides in Fällen, wo der Usucapionsbesitz durch Stellvertreter erworben wird, anreihe, so bedarf dieses zwar der Entschuldigung, weil ich dadurch über meinen eigentlichen Gegenstand hinausgehe, ich darf aber wohl hoffen, diese Entschuldigung von meinen Lesern ohne große Schwierigkeit zu erlangen, da unstreitig in den allermeisten Fällen die Erwerbung des Usucapionsbesitzes durch Stellvertreter gerade auf Tradition beruhen wird.

Die bona fides, welche das Römische Recht für die Usucapion fordert, stellt sich uns zunächst lediglich als eine für dieselbe nothwendige eigenthümliche Beschaffenheit des zum juristischen Besitz überhaupt gehörigen animus domini dar. Während dieser für den Interdiktenbesitz blos in dem Willen zu bestehen braucht, die Sache thatsächlich ebenso vollständig sich unterworfen zu haben, wie sie das Eigenthum dem Willen des Besitzers von Rechtswegen unterwerfen würde, während folglich mit diesem animus domini das Bewußtsein wohl vereinbar ist, daß einem Andern ein vollkommen wirksames Eigenthumsrecht an der Sache zustehe, muß der animus domini, welchen der Usucapionsbesitz erfordert, von der Ueberzeugung wirklicher Berechtigung zu diesem Willen getragen sein; diese Ueberzeugung würde aber natürlich von dem Bewußtsein, daß die Sache dem wirksamen Eigenthumsrechte eines Andern unterworfen sei, nothwendig ausgeschlossen werden; nur mit dem Bewußtsein, daß sie im nudum jus Quiritium des Auctors stehe, ist sie verträglich. Diese

Ueberzeugung ist nöthig gleich beim Anfang der Usucapion, nach Römischem Recht aber auch nur beim Anfang derselben: der bona fide gemachte Erwerb ex justa causa erzeugt einen Keim werdenden Eigenthums, der eine ähnlich selbstständige Kraft hat, wie das durch die vollendete Usucapion erworbene Eigenthum selbst; so wenig dieses auch nach unserem Rechtsbewußtsein dadurch beeinträchtigt wird, daß der Eigenthümer inne wird, durch seine Ersitzung fremdes Eigenthum zerstört zu haben, eben so wenig berührt es nach dem Römischen Rechtsbewußtsein das durch Ersitzung im Entstehen begriffene Eigenthum, daß der Usucapient nachträglich seine bisherige Ueberzeugung, zum animus domini berechtigt zu sein, als einen Irrthum erkennt.

Hiernach scheint es vollkommen richtig zu sein, wenn das Usucapionserforderniß der bona fides als ein Erforderniß des **Besitzanfangs** bezeichnet wird. Und dennoch muß ich mich entschieden gegen diese Bezeichnung erklären. Die **bona fides ist ein Erforderniß des Willensaktes, wodurch der Grund des Ersitzungserwerbs gelegt wird, aber nicht ein Erforderniß des Besitzanfangs.**

Zwei anerkannte Rechtssätze beweisen die Nothwendigkeit dieser Unterscheidung.

Erstens: Ist der Grund zum Erwerb durch ein Rechtsgeschäft gelegt worden, dessen unbedingte Eingehung auf Seiten des Erwerbers den Charakter der Unredlichkeit haben würde, falls er dabei wußte, der, mit welchem er das Geschäft schließt, habe nicht das Recht, über die Sache, welche er von ihm erwerben will, in dieser Weise zu verfügen, so ist die in der Unbekanntschaft mit diesem Umstand liegende bona fides des Usucapienten schon bei der Eingehung dieses die justa causa traditionis bildenden Rechtsgeschäfts ebenso, wie bei der Vollziehung desselben durch Tradition erforderlich.

L. 48 D. de usucap. (41, 3):

Si existimans debere, tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud, si putem, me ex causa venditi teneri, et ideo tradam; hic enim nisi auctio praecedat, pro emtore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur; neque interest, quum stipulor, sciam alienum esse, necne; sufficit enim, me putare, tuum esse, quum solvis; in emtione autem et contractus tempus inspicitur, et quo solvitur; nec potest pro emtore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus.

Hier ist es geradezu gesagt: nur dann ist die bona fides ein auf den Erwerbsakt an sich bezügliches Erforderniß, wenn die (subjektive) Redlichkeit der Erwerbung rein nach dem Stande des Bewußtseins der erwerbenden Person beim Besitzerwerb bemessen werden kann. Dies ist der Fall, wenn die Tradition blos Erfüllung einer durch einen selbstständigen Grund entstandenen Obligation ist; wo dagegen die Tradition nur Vollziehung und mithin gewissermaßen Vollendung des Erwerbsgeschäfts ist, worin der eigentliche Usucapionstitel besteht, darf der Usucapient auch schon bei diesem Anfang des Erwerbens die scientia rei alienae nicht gehabt haben. Mit andern Worten: die bona fides ist nur zufällig ein Erforderniß des Besitzanfangs.

Zweitens: wenn ich Jemand beauftrage, eine Sache für mich einzukaufen und in Empfang zu nehmen, so erwerbe ich den juristischen Besitz sofort durch die Vollziehung dieses Auftrags auch ohne meine gleichzeitige Kenntniß von diesem Akte; den Besitz erwerbe ich also ignorans. Für einen Besitzanfang ohne alles Bewußtsein kann aber natürlich auch das Erforderniß der bona fides nicht aufgestellt werden. Dennoch muß auch hier meine Usucapion bona fide beginnen; ich muß in bona fide sein in dem Augenblick,

wo ich die Vollziehung meines Auftrags erfahre und dadurch mit Bewußtsein anfange, die Sache als die meinige zu behandeln. Hierdurch wird es nun besonders deutlich, daß die bona fides nicht ein Erforderniß des Besitzanfangs ist. Den Besitz erwerbe ich hier animo durch den Auftrag, welchen ich zur Erwerbung gebe, und corpore durch die Apprehension meines Stellvertreters. Dies ist mein Besitzanfang. Ganz etwas Anderes ist mein Usucapionsanfang. Corpore ist für diesen nichts mehr nöthig; aber animo reicht dazu der Auftrag, den ich dem Stellvertreter gegeben habe, nicht hin, es ist dazu vielmehr ein neuer Entschluß nöthig, die von dem Stellvertreter erworbene Sache als die meinige zu behandeln, und dieser muß nun von der Ueberzeugung getragen sein, welche der Ausdruck bona fides bezeichnet.

Gewöhnlich sagt man zwar: im Falle der Stellvertretung beginne regelmäßig der Usucapionsbesitz erst, wenn der Principal die Apprehension erfahre. Allein dieser Ausdruck ist sehr mangelhaft. Wer eine Sache einmal juristisch besitzt, kann, ohne den Besitz wieder verloren zu haben, nicht erst von Neuem den Usucapionsbesitz derselben werben, sondern es können nur während der Dauer seines Besitzes neue Wirkungen desselben eintreten, sein bloser Interdiktenbesitz kann sich ohne einen neuen Erwerbsakt in einen Usucapionsbesitz verwandeln; er kann, nachdem er schon eine Zeitlang bloser Interdiktenbesitzer ist, erst anfangen zu usucapiren, nicht aber nun erst den Usucapionsbesitz erwerben. Genau so drückt sich auch Paulus hierüber aus in L. 47 de usurp.:

> Si emtam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam: quia ut ignorantes usucapiamus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.

Hat man sich auf diese Weise die wahre Bedeutung des Usucapionserfordernisses der bona fides klar gemacht, so ist es leicht, die Regeln aufzufinden, welche dafür bei einem

durch Stellvertreter vermittelten Besitzerwerb gelten müssen. Wir wollen versuchen, sie auf diesem Wege selbstständig zu gewinnen und dann zusehen, wie sich die Aussprüche des geschriebenen Rechts zu unsern Ergebnissen verhalten.

1. Der Besitzerwerb durch Stellvertreter erheischt regelmäßig einen Auftrag des zu Vertretenden, ohne Unterschied, ob die Stellvertreter von ihm abhängige oder unabhängige (juri ejus subjectae oder extraneae personae) sind. Auf diese Weise erwirbt der Principal zwar corpore alieno, aber animo suo. In Beziehung auf die Willensrichtung des Repräsentanten ist nichts weiter nöthig, als daß er für den Auftraggeber erwerben wolle, und selbst dieses Erforderniß hat Ausnahmen. Jedenfalls muß es ohne allen Einfluß sein, ob er den animus domini des Principals für berechtigt hält, oder nicht. Was er zur Grundlegung des Ersitzungserwerbs beiträgt, besteht lediglich in der körperlichen Handlung der Apprehension; alle Willensthätigkeit, welche dazu erfordert wird, ist lediglich Sache des Principals; dieser muß also, indem er zu usucapiren anfängt, in bona fide sich befinden.

2. Ausnahmsweise aber wird der Besitz zuweilen im Wege der Stellvertretung nicht nur corpore, sondern auch animo alieno erworben: 1) wo dies die Willensunfähigkeit des zu Vertretenden nothwendig macht; 2) wo Vormünder für ihre Mündel erwerben, überhaupt, wenn diese auch vollkommen willensfähig sind; 3) beim Peculiarerwerb.

In allen diesen Fällen wird ein juristischer Besitz ohne alle Willensthätigkeit und alles Bewußtsein des Besitzers selbst angenommen. Es wäre nun immerhin denkbar, daß gleichwohl für Usucapionen von Seiten derselben eigene Willensthätigkeit und eigenes Bewußtsein gefordert, oder wo Beides nicht möglich ist, Usucapionen gar nicht zugelassen würden. Gewiß aber war es gerade der Hauptzweck bei Zulassung jener vollständigen Stellvertretung im Besitzerwerb für die beiden ersten der nebenbezeichneten Fälle, dadurch Er-

sitzungen zu ermöglichen, die hier außerdem gar nicht, oder doch nicht leicht hätten statt finden können; es ergab sich also von selbst, daß man in ihnen die vertretenen Personen auch ohne eigenes Bewußtsein (ignorantes) usucapiren ließ. Was den Peculiarerwerb anlangt, so beruht er ganz auf der Vorstellung, daß das peculium servi quasi patrimonium liberi hominis [13]) (also das peculium filii familias quasi patrimonium patris familias) sei. Hier findet also überhaupt keine eigentliche Stellvertretung statt; die Person, welcher das Peculium concedirt ist, handelt durchaus in eigenem Namen, wie ein selbstständiges Vermögenssubjekt, und nur weil ihr faktisches Vermögen von Rechtswegen doch Vermögen des Gewalthabers ist, müssen nachher die von ihr für das Peculium hervorgebrachten Wirkungen juristisch auf die Person des Gewalthabers bezogen werden. Der Sklave oder filius familias usucapirt also ex causa peculiari auch eigentlich selbst, insofern wir unter „usucapiren" die Thätigkeit des Ersitzens verstehen, ohne daß irgend eine Mitwirkung des Gewalthabers dazu nothwendig sein kann.

Folglich ist in allen diesen Fällen durchaus bona fides des Repräsentanten beim Anfang der Usucapion zu fordern. Die vertretenen Personen können bei der einen Hälfte dieser Fälle überhaupt weder bonam noch malam fidem haben, weil es ihnen stets an allem Bewußtsein fehlt. Wo es aber vorkommen kann, daß sie im Lauf der Usucapion anfangen, den Gegenstand derselben mit Bewußtsein als ihr Eigenthum zu behandeln, ist dieses eben nun nicht mehr Anfang der Usucapion; thun sie es also mala fide, so ist dies nach Römischem Recht ohne Einfluß, nach heutigem Recht unterbricht es nur die Usucapion, wenn sie nicht schon vollendet ist, ohne rückwärts ihre Grundlage zu zerstören.

Wie nun aber, wenn die im Besitzerwerb corpore et animo alieno vertretenen Personen zufällig im Augenblick des

---

[13]) L. 47 §. 6 de peculio (15, 1).

für sie geschehenden Besitzerwerbs und Usucapionsanfangs ein Bewußtsein besitzen, welches ihren Willen, die Sache als ihr Eigenthum zu behandeln, zu einem unredlichen machen würde? Soll darum, weil ihre bona fides als positive Ueberzeugung zum Anfang der Usucapion für sie nicht erforderlich ist, auch ihre mala fides demselben nicht hinderlich sein? Offenbar muß diese Frage verneint werden. Aus den Gründen, worauf diese bei ihnen zugelassene außerordentliche Stellvertretung beruht, folgt nur, daß sie ohne eigene bona fides am Anfang der Usucapion ersitzen, keineswegs aber, daß sie auch sogar mala fide usucapiren können. Ihr beim stellvertretenden Beginn der Usucapion ihnen beiwohnendes Bewußtsein, daß ihrem animus domini hinsichtlich der bestimmten Sache ein fremdes wirksames Recht im Wege stehe, muß verhindern, daß jener Usucapionsanfang für sie wirksam werde, und zwar ohne daß es einen Unterschied machen könnte, ob der Erwerb für sie mit oder ohne ihr Wissen und Wollen geschieht. Ihr Bewußtsein des wahren Standes der Dinge selbst muß an und für sich es unmöglich machen, daß sie usucapiren.

Wenden wir uns nun den Quellen zu, so finden wir in diesen unsere zu 1. aufgestellte Regel schon durch die oben S. 222 abgedruckte L. 47 de usurp. vollkommen bestätigt. Auch stimmt die nachher anzuführende L. 2 §. 11. 12 pro emtore (41, 4) ganz damit überein.

Was die zu 2. aufgestellten Regeln anlangt, so finden wir sie in den Quellen namentlich vollkommen anerkannt in Beziehung auf den Peculiarerwerb.

Daß hier keinerlei positive Ueberzeugung des Gewalthabers erforderlich sei, sagt bestimmt genug Julian in L. 7 §. 8 pro emtore:

> si peculii nomine, quod nos sequi debet, emtio contracta fuerit, etiam ignorantes usucapiemus [14]).

---

[14]) Vergl. L. 3 §. 12 D. de poss.: quasdam res etiam igno-

Vorzüglich merkwürdig ist aber für unsre ganze Frage folgende Stelle von Paulus:

L. 2 §. 10—13 eod.

Si servus tuus peculiari nomine emat rem, quam scit alienam, licet tu ignores alienam esse, tamen usu non capies.

Celsus scribit, si servus meus peculiari nomine apiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere, quod si non peculiari nomine, non nisi scientem me; et si vitiose coeperit possidere, meam vitiosam esse possessionem.

Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius, quam servi voluntatem spectandam ait; quod si peculiari, tunc mentem servi quaerendam et si servus mala fide possideat, eamque dominus nactus sit, ut suo nomine possideat, ademto puto peculio, dicendum est, ut eadem causa sit possessionis, et ideo usucapio ei non magis procedit.

Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego, ubi primum cognovi, sciam alienam, processuram usucapionem Celsus ait; initium enim possessionis sine vitio fuisse. Sed si eo ipso tempore, quo emit, quamquam id bone fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum.

Der Inhalt dieser vier Paragraphen ist eine wiederholte Vergleichung des regelmäßigen Erwerbs durch Sklaven mit ihrem Peculiarerwerb in Beziehung auf das Usucapionserforderniß der bona fides und das Usucapionshinderniß des Bewußtseins, daß die Sache, welche der Sklave kauft, nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten gehört.

---

rantes possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt; nam videmur eas earundem et animo et corpore possidere.

Zuerst wird einfach bemerkt, daß beim Peculiarerwerb dieses Bewußtsein die Usucapion unmöglich mache, wenn es dem Sklaven innewohne, ohne daß dem Herrn seine eigene bona fides etwas nütze. Hieran reiht sich — als Begründung dieses Satzes — ein Citat aus Celsus, welches sagt, was der Sklave für das Peculium erwerbe, usucapire der Herr überhaupt ohne alles eigene Bewußtsein, während außerdem der Herr nur mit selbsteigenem Bewußtsein usucapiren könne; der Satz et si vitiose etc. bezieht sich wieder auf den Peculiarerwerb und sagt mit den Worten des Celsus nur dasselbe, was Paulus mit andern Worten schon im §. 10 selbst gesagt hatte. Hierauf beruft sich Paulus für dieselbe Unterscheidung zwischen dem regelmäßigen und dem Peculiarerwerb durch Sklaven auf eine mit seiner und des Celsus Ansicht ganz übereinstimmende Aeußerung von Pomponius; diese geht aber einen Schritt weiter, sie faßt auch den Fall in das Auge, daß einige Zeit, nachdem der Sklave für das Peculium erworben hat, der Herr die erworbene Sache nun für sich in Besitz nimmt, also gleichsam den Besitz von Neuem erwirbt, z. B. wenn er das Peculium dem Sklaven entzieht. Man könnte glauben, es könne nun wenigstens der in bona fide befindliche Herr anfangen zu usucapiren. Allein es wird dies mit Recht verneint. Der Herr war ja bisher schon juristischer Besitzer der Sache, sein Besitz war aber eine vitiosa possessio im Sinn des Celsus (§. 11), d. h. ihre causa war ein vom Sklaven mala fide abgeschlossener Kaufvertrag; die causa ist und bleibt die causa possessionis des Herrn, auch wenn er jetzt erst die Sache an sich zieht: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest; er kann also eben so wenig von nun an usucapiren, als bisher. Für den entgegengesetzten Fall wird jetzt mit Worten von Celsus auch die entgegengesetzte Entscheidung gegeben. Der Sklave hat eine Sache für das Peculium bona fide erworben; dadurch hat sofort die Usucapion für den Herrn begonnen. Nachher erst erhält der Herr Kunde

von dem Erwerb und diese Kunde ist bei ihm begleitet von dem Bewußtsein, daß die Sache einem Dritten, nicht dem Verkäufer gehöre. Nach heutigem Recht würde dies die Usucapion unterbrechen, wenn sie nicht schon vollendet wäre; nach Römischem Recht hat es gar keine Bedeutung; begonnen hat einmal die Usucapion ignorante domino; so wenig die Verwandlung der ursprünglichen bona fides des Usucapienten in eignem Namen in eine scientia alienae rei nach Römischem Recht die Usucapion unterbrechen kann, eben so wenig vermag dies der Uebergang der ursprünglichen völligen Bewußtlosigkeit des Herrn, für den gleichsam der Sklave angefangen hat zu usucapiren, in jene scientia alienae rei während des Laufs der Usucapion.

Der Inhalt des letzten Satzes unsrer Stelle wird jetzt, so viel ich weiß, allgemein so verstanden, daß die Usucapion für den Herrn nur dann nicht Statt finde, wenn er von dem Erwerb für das Peculium zufällig gleichzeitige Kenntniß habe, und zugleich wisse, die Sache gehöre nicht dem Verkäufer, während der Sklave dies glaube. Allein in den Worten des Paulus oder vielmehr des Celsus selbst sieht man sich vergebens nach dieser in sie hineingelegten Beschränkung um, daß der Herr von der Erwerbshandlung des Sklaven gleichzeitige Kenntniß haben müsse. Der Jurist sagt ganz einfach und unbedingt: si eo ipso tempore, quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum. Und welchen Grund sollte auch diese Beschränkung haben? Stellen wir uns nur einen bestimmten Fall vor Augen. Ein Vormund kauft für seinen Mündel — denn in der hier in Frage stehenden Beziehung steht der Erwerb für Mündel dem Peculiarerwerb für Gewalthaber ganz gleich — von A einen Wagen und nimmt Besitz von demselben. Er hat keinen Zweifel an dem Eigenthumsrecht des Verkäufers. Dagegen der etwa auf einer Reise abwesende Mündel weiß zufällig schon seit Jahren, daß dieser Wagen von einem Verwandten, dem er gehört,

dem Erben des Verkäufers als ein Pfand eingesetzt worden ist. Erst bei seiner Rückkehr von der Reise erfährt er, daß der Vormund den Wagen für ihn gekauft hat. Ist die Usucapionszeit inzwischen abgelaufen, so wäre er nach der gewöhnlichen Meinung jetzt Eigenthümer; denn da er zwar vom Anfang der Usucapion an wußte, daß der Wagen einem Dritten gehöre, ohne aber zugleich zu wissen, daß ihn der Vormund ihm gekauft habe, so wäre er ja nach jener Meinung jetzt Eigenthümer; er hätte eine Sache usucapirt, von der er schon, ehe sie in seinen Besitz kam, gewußt hätte, daß sie rechtmäßiges Eigenthum eines Dritten sei. Er hätte nicht bloß ohne die positive Ueberzeugung durch den Kauf Eigenthümer geworden zu sein, deren es hier freilich bei ihm nicht bedurfte, sondern sogar mala fide usucapirt. Warum sollte dies weniger dem gesunden Rechtsgefühl widerstreben, als wenn man ihn usucapiren ließe bei zufälliger Verbindung dieser mala fides mit gleichzeitiger Kenntniß von dem Erwerbsakt des Vormunds? Daß nach Römischem Recht die Usucapion doch ihren Fortgang nimmt, wenn der, für welchen die Usucapion bereits ohne sein Bewußtsein begonnen hat, im Augenblick, wo er den Erwerb erfährt, aber auch in diesem Augenblick erst, die Irrthümlichkeit der bona fides seines Stellvertreters einsieht, kommt nur daher, weil nach Römischem Recht die mala fides superveniens des Usucapienten die Usucapion nicht unterbricht. Den Anfang der Usucapion muß aber auch nach Römischem Recht die mala fides dessen, welcher eigentlich usucapiren soll, an sich selbst und unter allen Umständen verhindern. Man kann nicht sagen, die gleichzeitige Kenntniß des Erwerbsakts ist bei ihm in solchen Fällen deshalb erforderlich, um seine scientia rei alienae dem Eigenthümer zu gut kommen zu lassen, weil sie nur dadurch zur mala fides wird, daß sich damit der Wille verbindet, die Sache für sich zu haben. Denn es hat gar keinen inneren Grund, wirkliche mala fides des Usucapienten zu verlangen, damit er nicht usucapiren könne. Es

entspricht vielmehr der Natur der Sache und dem Wesen der Usucapion insbesondere, wie wenigstens die spätere Römische Jurisprudenz es auffaßt, schlechterdings zum Mindesten negative bona fides des Usucapienten selbst am Anfang der Usucapion zu fordern. Seine positive bona fides kann entbehrlich sein, wo er überhaupt in Beziehung auf alle Willensthätigkeit durch einen Andern vertreten wird, der für ihn usucapirt. An seiner negativen bona fides fehlt es dann gewöhnlich auch nicht, weil er eben gar kein Bewußtsein von der Sache und ihrem Eigenthumsverhältnisse hat. Aber wenn es zufällig bei ihm von vornherein auch an dieser negativen bona fides fehlt, weil sie von seiner scientia rei alienae ausgeschlossen wird, so ist gar nicht abzusehen, warum diese erst noch zu positiver mala fides gesteigert sein müßte, um die Rechtswirkung des faktischen Ersitzungsanfangs seines Stellvertreters für seine Person zu verhindern.

Man wird also bei dem Wortlaut unsrer Stelle stehen bleiben müssen, wie es auch Donellus (Comm. de jure civ. L. V. C. XVII. §. 7) that, der seine Erörterung hierüber ganz gut mit den Worten schließt: Quomodo enim usucapiat, qui coepit rem mala fide possidere? Nam ipse possidet, non servus. Dem Recht nach ist ja doch er der Besitzer, nicht der Stellvertreter.

Was Papinian in L. 43 §. 1 D. de usurp. sagt:

> Patrem usu non capturum, quod filius emit, propter suam vel filii scientiam, certum est,

bedarf freilich jedenfalls einiger Ergänzung durch gewisse, jedoch nahe genug liegende Voraussetzungen, welche Papinian verschweigt; es würde aber ganz unrichtig sein, wenn es nicht ausschließlich vom Peculiarerwerb gemeint wäre; denn außerhalb desselben kann ja die scientia filii die Usucapion des Vaters nie hindern. Ist es aber mithin auf den Peculiarerwerb zu beziehen, so würde doch offenbar die Aus-

drucksweise eine gar zu kurze, allzuviel verschweigende sein, wenn die scientia patris nicht nur eine bei Abschließung des Kaufs vorhandene, sondern, nach der jetzt gewöhnlichen Meinung, überdies eine mit der gleichzeitigen Kunde von dem Erwerbsgeschäft verbundene sein mußte. Insofern wird auch durch diese Stelle meine und Donells Ansicht einigermaßen unterstützt.

IX.

Capitis diminutio.

Die ebenso umfassende, als tief eindringende Untersuchung, welche Savigny im zweiten Bande seines Systems des heutigen Römischen Rechts, besonders in der Beilage VI. der Römischen Rechtslehre von der capitis diminutio gewidmet hat, wird stets allen weiteren Forschungen über dieselbe zur festen Grundlage dienen; und noch mehr, es wird stets anerkannt werden müssen, daß dadurch viele und wichtige Fragen in dieser Lehre zu voller Erledigung gekommen sind. Aber gerade die Antwort, welche Savigny auf die Hauptfrage gibt: worin denn der allgemeine Begriff und die eigentliche Bedeutung der capitis diminutio bestehe, hat bisher keineswegs allgemeine Anerkennung, man könnte vielmehr eher sagen, allgemeinen Widerspruch gefunden. Da aber diese ziemlich allgemeine Ablehnung der Ansicht Savigny's nicht zugleich von einer Uebereinstimmung seiner Gegner darüber, was als die Wahrheit anzusehen sei, begleitet ist, so kann die Arbeit des Suchens nach dem wahren Begriffe der capitis diminutio noch nicht aufgegeben werden.

Hierbei scheint es mir nun das Wichtigste, daß man sich von der Voraussetzung frei macht, die capitis diminutio müsse jedenfalls eine Verringerung der Rechtsfähigkeit sein, so daß es nur darauf ankomme, zu erklären, wie die capitis diminutio minima eine blose familiae mutatio sein und doch zugleich auch als eine Verringerung der Rechtsfähigkeit betrachtet werden könne. Wer sich dieser Voraussetzung gefangen gibt — und meines Wissens haben dies bisher außer

Böcking Alle gethan, — für den ist nach meiner Ueberzeugung das Räthsel entschieden unlösbar.

Savigny wollte es bekanntlich dadurch lösen, daß er gegen das Zeugniß von Paulus, dessen er sich auf eine gewaltsame Weise entledigte, die familiae mutatio eben nur dann als capitis diminutio wollte gelten lassen, wenn sie eine Degradation in Beziehung auf Rechtsfähigkeit in sich enthalte, und er würde wahrscheinlich für diese Behauptung allgemeine Anerkennung erlangt haben, wenn es nicht durch unverwerfliche Quellenzeugnisse feststünde, daß es noch andere Fälle der minima capitis diminutio gibt, als wobei der capite minutus in die mancipii causa kommt, oder aus einer selbstständigen Person eine persona alieno juri subjecta wird. Denn darüber herrscht wohl bis jetzt ein ziemlich allgemeines Einverständniß, daß die Unterwerfung eines paterfamilias oder einer materfamilias in ein jus alienum Verminderung der Rechtsfähigkeit sei. Die Schwierigkeit der Lösung wird offenbar eine noch größere, wenn man auch diesen Satz aufgeben muß. Und doch ist es wirklich meine entschiedene Ueberzeugung, daß wir uns in dieser Nothwendigkeit befinden.

Vor Allem halte ich es für ganz dem Römischen Sprachgebrauch widersprechend, der personae alieni juris einen andern status zuzuschreiben, als den selbstständigen Personen. Wäre dies richtig, so müßte man auch sagen können, ein filiusfamilias bekomme dadurch einen neuen, höheren status, daß er durch den Tod seines Vaters sui juris wird. Man wird aber vergeblich nach einem Beleg dafür suchen, daß dies Römischer Sprachgebrauch gewesen sei. Status mutatio ist die Vertauschung der Stellung in einer geschlossenen Personenverbindung mit der in einer andern; der filiusfamilias, welcher durch den Tod seines Vaters sein eigener Herr wird, und also dadurch in derselben familia bleibt, erfährt dadurch keinerlei Veränderung seines status, weder eine günstige, noch eine nachtheilige.

Aber auch das, was wir Rechtsfähigkeit nennen, wird dadurch nicht vermindert oder erhöht, daß ein paterfamilias filiusfamilias wird oder umgekehrt. Die Veränderung, welche im ersten Fall eintritt, besteht einfach darin, daß, weil er selbst für seine Person einem Andern unterworfen wird, natürlich jede Erwerbung, welche eigentliche Unterwerfung eines Gegenstandes unter seinen rechtlichen Willen wäre, diesen Gegenstand nicht seinem, sondern dem Willen und der Macht desjenigen unterwerfen muß, dem er selbst unterworfen ist. Es wird nur die freie, für ihn selbst wirksame Aeußerung seiner Rechtsfähigkeit durch seine Unterwerfung unter die Herrschaft eines paterfamilias gehemmt, seine Rechtsfähigkeit wird gebunden, aber es geht ihm nichts davon verloren. Beim Sklaven findet ein wirklicher Mangel der Rechtsfähigkeit statt; er kann auch dann kein Eigenthum erwerben und haben, wenn er keinen Herrn hat, dessen Gewalt er unterworfen ist, und ähnlich scheint es beim mancipatus zu sein, der ja auch servi loco ist, und z. B. nur durch gleichzeitige manumissio fähig wird, zum Erben eingesetzt zu werden. Beim filiusfamilias aber liegt das Hinderniß nicht in seiner eigenen persönlichen Beschaffenheit, die ihn ja auch nicht hindert, in einer rechtsgültigen Ehe zu stehen und vollkommen wirksam civiliter verpflichtet zu sein, wozu offenbar ganz die gleiche Stufe von Rechtsfähigkeit (ich möchte sagen die gleiche Kraft rechtlicher Persönlichkeit) gehört, als um Gläubiger sein zu können; es besteht bei ihm das Hinderniß vielmehr lediglich darin, daß die Gewalt des Vaters über ihn seinen Erwerbshandlungen eine nothwendige unmittelbare Beziehung auf diesen gibt. Eben deswegen kann man auch nicht sagen, daß das neue Recht der Adventitien die Rechtsfähigkeit der filiifamilias erweitert habe; es hatte vielmehr eben die volle Rechtsfähigkeit derselben zur Voraussetzung, wie denn z. B. ähnliche Bestimmungen in Beziehung auf die Sklaven ganz undenkbar gewesen wären. Es hat dadurch nur die Wirksamkeit ihrer Erwerbungen theilweise eine für sie günstige Veränderung erfahren.

Auch dann also wäre die capitis diminutio minima noch keine Verminderung der Rechtsfähigkeit, wenn sie außer den Fällen, wo sie mittelst eines Durchgangs durch die mancipii causa erfolgt und insofern also freilich nothwendig eine wirkliche Verminderung der Rechtsfähigkeit in sich schließt, stets nur Versetzung einer persona sui juris in ein jus alienum wäre.

Ich finde die wahre Lösung der Frage bei Savigny selbst bereits ausgesprochen, nur daß er selbst sie nicht dafür anerkennt. Sie erscheint bei ihm wie ein zufällig aufgetauchter Gedanke, den er sogleich wieder fallen läßt, ohne ihn weiter zu verfolgen. Ich meine damit die Worte des §. 69 a. a. O. (S. 70):

> „Dabei (nämlich bei den Wirkungen der capitis diminutio) lag, wie es scheint, der Gedanke zum Grunde, daß jede Art der capitis diminutio den, der sie erleidet, gleichsam zu einem neuen Menschen mache."

Darin liegt nach meiner Ansicht das eigentliche Wesen der capitis diminutio: sie ist nicht eine blose Verminderung der Rechtsfähigkeit, auch nicht, wie ich selbst in meinen Institutionen (§. 69) nach Böcking [1]) früher angenommen hatte, bloser Verlust der Eigenschaft, diesen bestimmten Familienstatus zu haben, sondern sie ist geradezu Untergang der ganzen privatrechtlichen Persönlichkeit, freilich als media und minima capitis diminutio verbunden mit gleichzeitiger Erlangung einer neuen, und zwar im letztern Fall meist mit der gleichen Rechtsfähigkeit, wie die frühere, versehenen privatrechtlichen Persönlichkeit.

Der nächste Einwand, den ich hiergegen zu erwarten habe, ist wohl der. Wenn die capitis diminutio Untergang der privatrechtlichen Persönlichkeit ist, so kann es keine Grade derselben geben. Nun sprechen aber doch die Römer von einer maxima, media und minima capitis diminutio; es folgt

---

[1]) Institutionen §. 58.

also schon hieraus, daß capitis diminutio nur eine Herabsetzung, nicht aber den Verlust der Persönlichkeit bedeuten kann. Darauf entgegne ich aber, daß dieser Schluß sich offenbar als ein Trugschluß darstellt, sobald man nur jene drei Stufen auf die verschiedenen weiteren Wirkungen bezieht, welche der Verlust der privatrechtlichen Persönlichkeit je nach der Verschiedenheit seines Grundes nach sich zieht, wie dies schon in der bekannten Stelle des Paulus (L. 11 D. de cap. min. 4, 5) angedeutet ist, wenn es hier heißt:

> Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur quum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

Ist auch die familiae mutatio immer gänzlicher Verlust der bisherigen privatrechtlichen Persönlichkeit, so ist doch dieser Verlust darum ein viel geringerer, als der, welcher in der Versetzung eines Bürgers in den Sklavenstand liegt, weil hierdurch Freiheit, Bürgerrecht und familia zugleich, durch jene Veränderung aber nur die familia verloren geht, während man Freiheit und Bürgerrecht behält, indem die civilis ratio, wornach die capitis diminutio als Untergang der Persönlichkeit betrachtet wird, die natürlichen Rechte, wozu die Freiheit, und die öffentlichen Rechte, wozu die Civität gehört, unberührt läßt, so daß diese also nicht schon durch die capitis diminutio überhaupt und an sich verloren gehen können, sondern hiezu besondere Gründe nothwendig sind, welche die Wirkungen der capitis diminutio so steigern, wie es dann der Fall ist, wenn ihre Gründe sie zu einer magna (maxima oder media) capitis diminutio machen.

Daß die magna capitis diminutio „bürgerlicher Tod" sei, ist uns geläufig. Aber daß die capitis diminutio überhaupt es sei, auch die minima also, das hat sich wohl noch Niemand geradezu zu behaupten getraut, obwohl es im Grunde sowohl in obigem Ausspruch Savigny's, als in dem Satze Walters [2]), man müsse annehmen, daß „bei der minima capitis deminutio im Sinne des Civilrechts gleichsam eine Umwandlung der angezeugten Persönlichkeit vorgieng", stillschweigend enthalten ist.

Von wem man aber jene Wahrheit auch schon hätte hören können, wenn man sie nur hätte hören wollen, das ist — Gajus.

Wir lesen bei ihm III §. 153:

> Dicitur et capitis diminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis diminutio morti — dicitur.

Zwischen morti und dicitur bietet die Handschrift nur eine Reihe auch für Blume unlesbar gebliebener Züge dar. Man hat vorgeschlagen, sie auszufüllen mit species fere, oder aequiperari, oder instar habere, oder adsimulari. Darüber also besteht jedenfalls volle Einstimmigkeit, daß der Sinn der Worte der ist: im Auge des jus civili ist die capitis diminutio eine Art von Sterben. Dies wird aber, wohlgemerkt, von der capitis diminutio schlechthin, also auch von der minima gesagt. Zwar ist nach Justinianischem Recht die capitis diminutio minima ein Aufhebungsgrund der societas nicht mehr. Allein selbst wenn L. 63 §. 10 und L. 65 §. 11 D. pro socio (17, 2) — zwei Stellen von Ulpian und Paulus — nicht interpolirt sein und also beweisen sollten, daß schon zur Zeit dieser Juristen nur eine magna capitis diminutio die Societät auflöste, so berechtigt doch auch dieses noch in keiner Weise, die Worte des Gajus so gewaltsam zu interpretiren, daß wenn er von capitis diminutio ohne allen Zusatz spricht, die minima darunter nicht

---

²) Geschichte des Römischen Rechts Bd. 2. §. 489.

begriffen sein sollte. Gajus selbst gibt zu, daß bei dieser Aufhebung der societas durch capitis diminutio: si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas, woraus sich, ja sehr leicht die neuere Rechtsansicht entwickeln konnte, sie höre durch die minima capitis diminutio überhaupt nicht auf. Sehen wir also diese Stelle von Gajus mit unbefangenen Augen an, so bezeugt sie geradezu den allgemeinen Satz, den ich behaupte: nach jus civile gilt jede capitis diminutio, auch die familiae mutatio als Untergang der Persönlichkeit. Und wenn wir daher in L. 63 §. 10 pro socio (aus Ulpians Ediktscommentar) lesen:

> Intereunt homines maxima aut media capitis deminutione aut morte,

so müssen wir sagen: entweder sind die Worte maxima aut media ein emblema Triboniani, oder es hat sich die Rechtsansicht zwischen Gajus und Ulpian geändert; Gajus hätte jedenfalls geschrieben: intereunt homines (quavis) capitis deminutione.

Sind nun aber auch die einzelnen Folgen dieses Satzes, welche ich oben angegeben habe, erweislich?

Um jenes wichtige Zeugniß des Gajus, oder vielmehr meine offenbar nur dem Wortlaut desselben sich genau anschließende Auslegung desselben sogleich gegen jeden weiteren Einwand sicher zu stellen, muß ich hier sofort noch Folgendes bemerken.

Die Wirksamkeit der civilis ratio, welche die capitis diminutio und zwar, wie ich glaube, jede capitis diminutio dem Tode gleichstellt, findet jedenfalls ihre Gränze an dem Satze, welchen Gajus in L. 8 D. h. t. aufstellt:

> civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.

Diese naturalia jura sind eben diejenigen „anomalischen „Rechte in Beziehung auf Rechtsfähigkeit", welche zuerst von Savigny [3]) unter dieser Bezeichnung zusammengestellt und

---

[3]) System Bd. II. §§. 71 ff.

im Allgemeinen als solche charakterisirt worden sind, die „ob„gleich ihrer Form nach mit andern Rechten gleichartig, den„noch mehr den natürlichen, oder den politischen Menschen, „als den juristischen (den Träger der Privatrechtsverhältnisse) „angehen", und daher auch „eine weniger juristische Natur, „als die gewöhnlichen Rechtsinstitute haben."

Zu eben diesen Rechtsinstituten rechnet nun aber Savigny auch die Societät [4]). Wäre dieses richtig, so müßte allerdings unsre Stelle von Gajus so gedeutet werden, daß sie unter capitis diminutio nur die magna capitis diminutio verstünde, und dann würde sie die Beweiskraft, die ich ihr zuschreibe, verlieren. Diese ist also davon abhängig, daß jene Ansicht Savigny's widerlegt werden kann.

Allerdings ist bei der Societät „die Rücksicht auf die „Eigenschaften des natürlichen Menschen (seine Redlichkeit „und Geschicklichkeit) vorherrschend." Wenn aber dieses hinreichen sollte, um ein Rechtsverhältniß in die Reihe jener anomalen zu stellen, so müßten auch noch andere, namentlich die locatio conductio operarum darunter gehören, welche letztere gleichwohl in Savigny's Katalog nicht vorkommt. Wir werden also jedenfalls auf die einzelnen Quellenzeugnisse näher eingehen müssen, welche die anomale Natur jenes Rechtsverhältnisses darthun sollen.

Von diesen ist aber das bedeutendste L. 58 §. 2 D. pro socio (17, 2), welche ich vollständig hierher setzen will, da sie eine genauere Betrachtung erfordert:

> Si filiusfamilias societatem coiërit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud Julianum quaeritur, an eadem societas duret, an vero alia sit, si forte post emancipationem in societate duratum est. Julianus scripsit libro XIV Digestorum, eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspiciendum; duabus autem actionibus agendum esse, una

[4]) A. a. O. §. 74.

adversus patrem, altera adversus filium; cum patre de eo, cujus dies ante emancipationem cessit — nam ejus temporis, quo post emancipationem societas duravit, nihil praestare patrem oportet —, cum filio autem de utroque tempore, id est de tota societate; nam et si quid, inquit, socius filii post emancipationem filii dolo fecerit, ejus non patri, sed filio actio danda est.

Vor Allem ist nun zu beachten, daß hier die Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses nach der Emancipation ausdrücklich als etwas blos Zufälliges bezeichnet wird. Allerdings kann man sagen: es ist bei der immerwährenden Aufkündbarkeit der Societät stets etwas Zufälliges, wenn sie über irgend einen bestimmten Zeitpunkt hinaus fortgesetzt worden ist. Allein es läßt sich doch ebensowenig läugnen, daß es sehr nahe liegt, hierin die Andeutung zu finden, es bedürfe nach der Emancipation eines Gesellschafters wirklicher Einwilligung zur Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses, ohne welche es durch die Emancipation sich auflösen würde. Jedenfalls ist also die Stelle nichts weniger als beweisend dafür, daß die capitis diminutio minima eines Socius die Societät völlig unberührt lasse. Nun sollte man freilich auf den ersten Anblick erwarten, daß wenn Julian eine solche Erneuerung des Gesellschaftsvertrags bei der Emancipation als erforderlich voraussetze, er auch die darauf beruhende Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses als eine neue Societät betrachten werde, während er im Gegentheil sagt, eandem societatem durare. Genauer erwogen aber würde vielmehr umgekehrt die ganze Frage, welche er hier motivirt bejaht, völlig überflüssig gewesen sein, wenn er davon ausgegangen wäre, daß die vor der Emancipation eingegangene Societät nach derselben nur dann nicht fortdaure, wenn sie durch eine Renunciation aufgehört habe; es verstund sich dann ganz von selbst, daß dieselbe Societät fortdaure; fand aber Julian ja es für nöthig, einem Zweifel hieran entge-

genzutreten, so mußte er nun ausdrücklich sagen: denn eine blose minima capitis diminutio löst die Societät nicht auf. Er sagt jedoch statt dessen: initium enim in his contractibus inspiciendum. Der natürlichste Sinn dieser Worte ist aber offenbar der: „bei solchen Contrakten, welche auf Consens beruhen, und folglich durch diesen, auch wenn sie civili ratione gelöst sind, stillschweigend erneuert werden können, ist, wenn dies geschieht, nur auf den Anfang, d. h. den ersten Consens zu sehen, und der zweite als blose Fortsetzung zu betrachten.“ Als Gegensatz ist dann zu denken ein formeller Contrakt, wie eine verborum obligatio. Ist diese als dauerndes Verhältniß, wie z. B. die Stipulation von jährlich zu zahlenden Geldsummen durch capitis diminutio erloschen, so muß sie mittelst einer förmlichen Stipulation erneuert werden, und es kann dann für diese neue verborum obligatio nicht auf das initium, auf die erste Stipulation zurückgegangen werden. Ich glaube, daß bei dieser ganzen Identitätsfrage namentlich daran gedacht ist, worauf die weitere Ausführung in der Stelle deutet: ob nämlich für die am Ende anzustellende actio pro socio [5]) eine einfache, blos von der ersten Eingehung des Vertrags sprechende demonstratio genüge, oder ob eine doppelte demonstratio nothwendig sei, und daß mit dem, was Julian sagt, hauptsächlich die Hinlänglichkeit einer einfachen demonstratio behauptet werden soll.

Sehr merkwürdig ist der Gegensatz, auf welchen dann §. 3 unsrer Stelle eingeht. Er behandelt den Fall, daß ein Sklave mit Jemand eine Societät eingeht, und nach seiner Veräußerung an einen andern Herrn in derselben verharrt. Hier ist es nur scheinbar, daß die Societät vor und nach der Veräußerung eine und dieselbe sei.

Der Sklave ist bei Eingehung einer Societät, insofern daraus ein Rechtsverhältniß entstehen soll, bloses Werkzeug zur Begründung desselben für seinen Herrn. Als Rechts-

[5]) nämlich gegen den Sohn de tota societate.

verhältnisse haben daher die beiden Societäten vor und nach der Veräußerung sogar verschiedene Subjekte und sind also zwei durchaus zu unterscheidende Rechtsverhältnisse, zwischen welchen kein anderer Zusammenhang Statt findet, als daß ihnen das gleiche faktische Verhältniß zu Grunde liegt.

So stimmt nun diese Stelle ganz mit der oben besprochenen von Gajus III §. 153 überein. Die Societät wird eben sowohl durch jede capitis diminutio, wie durch den Tod gelöst. Aber es kann, wie Gajus sagt, in demselben Augenblick durch Fortdauer des Consenses gleich wieder eine neue Societät zwischen denselben Personen beginnen. Ist dies jedoch der Fall, fügt Julian hinzu, so gilt dann diese neue Societät als blose Fortsetzung der alten, als identisch mit derselben. Und eben dieses könnte sehr wohl auch in L. 65 §. 11 D. eod. gemeint sein, wenn es hier heißt:

> Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad arrogatorem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult; ipse autem arrogatus socius permanet, nam et si filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit socius.

In Justinians Munde bedeutet dies freilich nichts Anderes, als: die Societät dauert für den Arrogirten und Emancipirten ohne weiteres fort. Allein Paulus konnte dies in dem Sinne schreiben, daß er die wirkliche Fortdauer des Consenses voraussetzte, und dann nur die Einerleiheit des Rechtsverhältnisses mit dem früheren behaupten wollte. Doch habe ich oben schon zugegeben, daß zwischen Gajus und Paulus hierin auch eine Veränderung der Rechtsansicht Statt gefunden haben kann.

So groß indessen auch der Werth ist, den ich dem direkten Zeugniß des Gajus beilege, daß die capitis diminutio überhaupt civili ratione dem Tode gleich zu achten sei, so ist dasselbe doch keineswegs der einzige Grund, auf den ich meine Ansicht stütze. Hauptsächlich vielmehr scheint sie mir durch mehrere ganz unbestrittene Wirkungen bewiesen zu wer-

den, welche jede, auch die minima capitis diminutio hat, und die eben nur hieraus befriedigend erklärt werden können.

Unter diese gehört bekanntlich nach vorjustinianischem Recht namentlich auch die Aufhebung der Personalservituten (mit Ausnahme der anomalen, der habitatio und der operae servorum). Man könnte dieses bei der Arrogation und conventio in manum daraus zu erklären versuchen, daß Personalservituten unübertragbar sind, so daß ihre Aufhebung in jenen Fällen eigentlich nur bedeutete: sie können nicht auf den Arrogator oder Coëmtionator übergehen. Allein dieser Erklärung steht außer einem erst später zu erwähnenden Grunde schon Folgendes entgegen. Es herrschte unter den Römischen Juristen Zweifel darüber, ob der durch einen Sklaven oder filiusfamilias erworbene Nießbrauch nicht untergehe, wenn der Sklave oder filiusfamilias sterbe, oder wenn jener freigelassen, dieser emancipirt worden sei, oder sonst eine capitis diminutio erlitten habe [6]). Dieser Streit beweist, daß wenigstens ein Theil der Juristen, und es scheint der überwiegende gewesen zu sein, die Personalservituten als an der subjecta persona selbst haftend betrachtete. Nach der Ansicht dieser Juristen wenigstens wäre es mithin gar kein eigentlicher **Uebergang** des Nießbrauchs gewesen, wenn ihn der Arrogirte oder die mulier, quae in manum convenit, mit sich in die familia des Arrogator oder Coëmtionator gebracht hätte [7]). Es hätte also, wenn jene Erklärung die richtige

---

6) L. 17 C. de usufructu (3, 33). (Vergl. §. 57 Vat. Fragm.)

7) In L. 15 C. eod. entscheidet **Justinian** eine ähnliche Controverse, von der sich auch Spuren in L. 5 §. 1 L. 18 D. eod. finden, und welche darin bestund, daß Einige behaupteten, schon durch die Veräußerung des Sklaven gehe der durch ihn erworbene Nießbrauch unter, während Andere — und diesen tritt **Justinian** bei — annahmen, er bleibe dem Herrn. Auch hier lag der Meinung der Ersteren offenbar die Anschauung zu Grunde, der Nießbrauch hafte an der natürlichen Person des Erwerbers. Man könnte aber fragen, warum sie dann nicht denselben mit dem Sklaven auf den neuen Herrn übergehen ließen?

wäre, derselbe Streit auch darüber geführt werden müssen, ob der Nießbrauch durch Arrogation oder conventio in manum untergehe oder nicht; ein solcher Streit bestund aber ganz gewiß nicht. Allein noch mehr: es wäre dann eben der Zweifel gar nicht möglich gewesen, ob der durch einen filiusfamilias erworbene Nießbrauch nicht durch dessen Emancipation untergehe. Gerade dieser Zweifel zeigt recht deutlich, daß die capitis diminutio als selbstständiger Aufhebungsgrund der Personalservituten betrachtet wurde, wie der Tod des Usufructuars oder Usuars; denn von einer Uebertragung des Nießbrauchs war ja hier gar keine Rede. Es bleibt also nichts übrig, als diese Aufhebung der Personalservituten durch jede capitis diminutio der Berechtigten daraus zu erklären, daß diese überhaupt civili ratione dem Tode gleich steht, wie sie denn auch immer mit der Aufhebung jener Rechte durch den Tod zusammengestellt wird [8]).

Eben so nothwendig aber ist diese Erklärung für das Erlöschen der Forderungen durch die capitis diminutio des

Dies konnte ihnen deswegen nicht einfallen, weil doch jedenfalls der Nießbrauch als Recht dem ersten Herrn erworben worden war, nicht dem Sklaven. Der natürliche Zusammenhang mit dem Sklaven konnte es also höchstens rechtfertigen, den Nießbrauch durch dessen Veräußerung erlöschen zu lassen. Etwas ganz Anderes wäre es gewesen, zu sagen: der paterfamilias, der arrogirt wird, bringt seinen Nießbrauch dem Arrogator zu, weil er dadurch nicht eigentlich auf diesen übergeht, sondern an der Person des Adoptivsohns haften bleibt.

[8]) L. 1 D. de usu leg. 33, 2 (deren Interpolation keinem Zweifel unterliegen kann) und die vorhin angeführten Stellen, auch §. 3 I. de usufr. (2, 4). Vergl. auch Savigny a. a. O. §. 70. Wenn derselbe sich auch auf die Aufhebung des als castrense peculium erworbenen Usufructus durch die Emancipation des Usufructuars beruft, so könnte dagegen noch eingewendet werden, daß er in diesem Falle vielleicht auch wegen seiner Unübertragbarkeit auf den mancipio accipiens untergegangen sein möchte. Ueberdies ist es zweifelhaft, ob der Nießbrauch in diesem Fall wirklich untergegangen sei. Gegen das indirekte Zeugniß der L. 16 §. 2 C. de usufr. läßt sich Manches einwenden.

Schuldners. Hier fällt jeder Schein weg, daß dieses Erlöschen blos in der Unmöglichkeit der Uebertragung von Verbindlichkeiten auf den, dessen Gewalt der capite diminutus unterworfen wurde, ihren Grund gehabt habe; denn so gut der Arrogirte nach der Arrogation neue vollkommen wirksame Schulden contrahiren konnte, eben so gut konnte er nach der Arrogation Schuldner derjenigen bleiben, welchen er sich vor derselben verbindlich gemacht hatte. Nur dann ist Befreiung des Schuldners selbst durch minima capitis diminutio begreiflich, wenn auch sie als bürgerlicher Tod angesehen wurde.

Ich weiß, was man einwenden wird. Wenn die minima capitis diminutio, wird man sagen, wirklich bürgerlicher Tod war, so ist es freilich sehr gut erklärlich, daß die Personalservituten und Schulden des capite minutus untergiengen; aber wie soll man dann umgekehrt erklären, daß nicht alle, wenigstens nicht alle civilen Rechte desselben untergiengen? Daß dies aber nicht der Fall war, daß sie vielmehr eben mit Ausnahme der Personalservituten und einiger weniger anderer auf den übergiengen, in dessen Gewalt er kam, ist völlig gewiß. Es reicht hin, dafür folgende merkwürdige Stelle von Gajus (III §. 83) anzuführen:

> — cum paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierque in manum convenit, omnes eorum res incorporales et corporales, quaeque eis debitae sunt, patri adoptivo coëmtionatorive adquiruntur, exceptis iis, quae per capitis diminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per jusjurandum contracta est, et — legitimo judicio.

Auf das hieraus entstehende Bedenken hat aber schon Savigny geantwortet, indem er a. a. O. S. 81 sagt: „Bei den Forderungen wurde die Wirkung der capitis „diminutio meist nicht sichtbar, indem dieselben bei der Arro„gation auf den neuen Vater übergiengen, bei der Eman„cipation aber für den Sohn vorher gar nicht vorhanden

„sein konnten." Man muß nur, was hier blos von den Forderungen gesagt wird, auf alle Rechte ausdehnen, für die nicht die capitis diminutio ein besonderer Aufhebungsgrund ist. Wie bei dem natürlichen Tode einer Person, die einen Erben hinterläßt, vermöge der wirklichen oder fingirten unmittelbaren Succession dieses Erben die an sich nothwendige Wirkung des Todes, daß nämlich die Rechte des Sterbenden untergehen, nicht sichtbar, oder wie man sich auch ausdrücken kann, für die vererblichen Rechte verhindert wird, weil der natürliche Vorgang des Sterbens von Rechtswegen begleitet wird von dem gleichzeitigen juristischen Vorgang der Succession des Erben in jene vererblichen Rechte, ganz ebenso ist es auch hier. Das Ausscheiden des Arrogirten aus seiner familia ist begleitet von seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Arrogator. Jenes hat den Untergang der Rechte des sich in Adoption gebenden paterfamilias für ihn zur Folge, aber diese Folge wird verdeckt durch die Wirkung seines gleichzeitigen Eintritts in die potestas des Adoptivvaters, wornach dieser durch eine acquisitio per universitatem in jene Rechte eintritt, so weit nicht bei gewissen Rechten dieser Succession ein besonderer Grund im Wege steht. Also nur so weit letzteres der Fall ist, kann der durch die capitis diminutio für den, welcher sich in Adoption gibt, eintretende Untergang seiner Rechte rein zum Vorschein kommen, ohne daß daraus die Folgerung gezogen werden darf, als sei diese Wirkung der capitis diminutio nicht an sich eine ganz allgemeine.

Ich habe schon an einem frühern Ort (S. 35 f.) auf den wesentlichen Unterschied dieser Universalsuccession des Adoptivvaters und Ehemanns von der Erbfolge aufmerksam gemacht. Jene Universalsuccession ist keine Beerbung des Arrogirten und der Ehefrau, die ja nicht wirklich gestorben sind, sondern ein reiner Universal-Erwerb durch sie. Man denkt sich, als wenn diese Alles, was sie haben, statt es in verschiedenen früheren Zeitpunkten erworben zu haben, in diesem

Augenblick erwärben. Wie alsdann alles dieses nach den Regeln des Erwerbs durch subjectae personae jetzt gleichzeitig für den neuen Gewalthaber erworben würde, ebenso und nach denselben Regeln tritt er jetzt in diese früher allmählig erworbenen Rechte der in seine Gewalt Kommenden ein. Es ergreift also dieser Universalerwerb alle Eigenthums- und sonstigen Sachenrechte, alle Forderungen, alle (bereits erworbenen) Erbrechte der sich unterwerfenden Personen; denn sie würden alle diese Rechte, wenn sie jetzt sie erwärben, nicht sich, sondern ihrem Gewalthaber erwerben. Es ist daher für den hierin liegenden Rechtsübergang vom Arrogirten auf den Arrogator kein Hinderniß, daß ein Recht, bei dem er auf diese Weise statt finden soll, eines eigentlichen Wechsels der Subjekte unfähig ist; das allein Entscheidende ist, ob es durch eine subjecta persona erworben werden kann, wie das eben bei den sonst unveräußerlichen Forderungen und Erbrechten der Fall ist. Von diesem Gesichtspunkt aus könnten denn also gar wohl auch Personalservituten des sich in Adoption Gebenden auf den neuen Vater übergehen. Daß sie nicht übergehen, hat seinen Grund blos darin, weil für sie der juristische, wie der natürliche Untergang des Inhabers ein Aufhebungsgrund ist, der das Recht selbst zerstört.

Die von einem Freigelassenen eidlich eingegangene operarum obligatio kann auf den neuen Gewalthaber seines gewesenen Patrons nicht übergehen, weil sie ein Accessorium des auf ihn sich nicht übertragenden Patronats ist.

Die Lücke am Schlusse des §. 83 muß ohne Zweifel dem Sinn nach so ergänzt werden, wie es Huschke in den Studien S. 277 vorgeschlagen hat, daß dadurch die durch die Litiscontestation bei einem legitimum judicium für den Kläger entstehende obligatio: adversarium condemnari oportere als durch die capitis diminutio schlechthin untergehend bezeichnet wird. Vielleicht schrieb Gajus: et obligatio, quae contracta est legitimo judicio.

Daß diese obligatio nicht auf den neuen Gewalthaber übergeht, beruht wahrscheinlich auf einem Princip, welches Paulus in L. 7 pr. D. de cap. min. andeutet, wenn er hier schreibt:

> Tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his, quae in jure alieno positis personis non[9]) deferuntur.

Es gehen alle solche Rechte durch capitis diminutio schlechthin unter, welche eine persona alieno juri subjecta gar nicht erwerben kann. Es ist nicht denkbar, daß eine solche Person ein legitimum judicium erhalte und dadurch eine Obligation erwerbe; also kann auch eine von ihr früher erworbene Obligation dieser Art jetzt nicht durch sie erworben werden. Huschke's Erklärung a. a. O., daß durch ein legitimum judicium das bisherige reine Privatrecht in den Personen der streitenden Theile zu einem zugleich öffentlichen auf die Civität basirten Rechte erhoben werde, folglich, da alle öffentlichen Rechte unveräußerlich und von der Familie, der sie anhaften, untrennbar seien, durch jede capitis diminutio untergehen müsse, ist schon deshalb entschieden unhaltbar, weil ja bekanntlich gerade die öffentlichen Rechte von der capitis diminutio nie berührt werden [10]).

Offenbar sind nun aber diese Beispiele nicht erschöpfend. Das gleiche Schicksal wie diese von Gajus aufgezählten Rechte der in ein fremdes jus übergehenden selbstständigen Personen muß alle diejenigen treffen, für welche der Untergang der Person Aufhebungsgrund ist, also z. B. die dauernde Obligation aus der Societät (wie dies ja Gajus selbst in der schon besprochenen Stelle III §. 153 bezeugt), und die Obligation aus der adstipulatio, für welche Gajus III §. 114

---

[9]) Daß dieses non nicht fehlen kann, wie Huschke im Rhein. Museum VII. S. 68 ff. so trefflich ausgeführt hat, ist jetzt wohl allgemein angenommen.

[10]) S. L. 5 in f. und 7. D. h. t.

ganz unzweideutig, wenn auch indirekt bezeugt, daß sie durch capitis diminutio untergeht und ausdrücklich läugnet, daß sie dem Vater erworben werde:

> is autem, qui in potestate patris est, adstipulando agit aliquid, sed parenti non adquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat. ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis diminutione exierit de potestate parentis.

Mit einem Wort: in Beziehung auf die Rechte eines capite minutus, der einem jus alienum unterworfen wird, wirkt seine capitis diminutio wie der natürliche Tod einer Person, die beerbt wird: für die untergehende Person hören sie unbedingt auf, gehen aber regelmäßig, wie hier auf den Erben, so dort auf den Gewalthaber über; nur dann erlöschen sie völlig, wenn der Untergang des Subjekts das Recht selbst seinem Wesen zufolge gänzlich vernichtet, oder ein sonstiger besonderer Grund seine Fortdauer in der Person des Gewalthabers oder seinen Erwerb für diesen unmöglich macht.

Hier sehe ich aber einen neuen Zweifel sich erheben. Die Fortdauer der Rechte, welche für den sich in Adoption Gebenden eigentlich untergehen, soll daraus erklärt werden, daß sie der Arrogator durch ihn erwirbt. Wie kann man aber durch einen Andern erwerben, was dieser selbst verloren hat, wie kann man durch einen bürgerlich Todten erwerben?

Dieser Zweifel löst sich auf folgende Weise. Der paterfamilias, welcher sich in Adoption gibt, erleidet die capitis diminutio durch die Arrogation, nicht vor der Arrogation. Nicht als ein bürgerlich Todter tritt er in die Gewalt des Arrogators ein, sondern dadurch, daß er in sie eintritt und eben deshalb zugleich, was er hat und was erwerbbar für den Arrogator ist, auf diesen überträgt, erleidet er jenen bürgerlichen Tod, der jedoch zugleich, um bei dem Bilde zu bleiben, mit einem bürgerlichen Wiederauferstehen verbunden ist. Nun erst tritt der Untergang der an seiner Person haftenden Personalservituten und Verbindlichkeiten ein, während

der Untergang der für den Arrogator erwerbbaren Rechte durch ihren inzwischen erfolgten Uebergang auf diesen unmöglich geworden ist.

Es war bisher nur von den Vermögensrechten der in ein fremdes jus eintretenden selbstständigen Personen die Rede. Was die Rechte an freien Personen anlangt, so kommen bei der Arrogation die in der patria potestas des Arrogirten befindlichen Kinder in die Gewalt des Arrogators wie Enkel desselben [11]). Gewiß kam also auch dessen Frau in manu in die Gewalt des Arrogators neptis loco und die beim Arrogirten oder der Frau, welche in manum conveniebat, in mancipii causa Befindlichen kamen in das gleiche jus des Arrogators oder Coëmtionators; d. h. es galten für alle diese Personenrechte die gleichen Regeln, wie für die Vermögensrechte. Patronatrechte, wie Tutelen, insofern sie agnatische Rechte waren, giengen vermöge ihres Zusammenhangs mit dem Agnationsverband schlechthin verloren [12]).

Personen, welche sich in der patria potestas oder manus befinden, und mancipirt, emancipirt oder remancipirt werden, können keine Gewalt- oder Vermögensrechte haben, so daß sich auch gar nicht von deren Aufhebung durch die capitis diminutio sprechen läßt; ausgenommen, daß ein filiusfamilias bei seiner Emancipation ein castrense peculium haben kann, welchen Fall wir hier einstweilen noch außer Betracht lassen [13]). Die Schulden dieser Personen gehen nach der allgemeinen, oben schon besprochenen Regel unter.

Welche Wirkung hat aber die capitis diminutio auf die Ehe? War die capitis diminutio civiler Untergang der Person, so mußte, scheint es, dadurch die Ehe eben so nothwen-

---

[11]) Gaj. I §. 107. Ulp. VII. §. 8. §. 11. l. de adopt.

[12]) Vergl. oben S. 247 und Savigny a. a. O. S, 76 f.

[13]) Die Tutel, welche ein filiusfamilias haben mochte, der emancipirt wurde, wurde dadurch nicht aufgehoben, sofern sie gewissermaßen ein munus publicum war L. 6 D. de cap. min. (4, 5).

dig aufgelöst werden, als die Societät. Was bezeugen uns nun hierüber unsere Quellen?

Es ist nicht nöthig, an die Zeugnisse darüber zu erinnern, daß jede Ehe durch capitis diminutio maxima aufgelöst wurde; dies war die nothwendige Folge des Verlusts der Freiheit. Was die media capitis diminutio anlangt, so sagen uns hierüber drei ungefähr gleichzeitige und allem Anschein nach unverfälschte Stellen, nämlich zwei Fragmente Ulpians (L. 13 §. 1 D. de don. inter V. et U. 24, 1 und L. 5 §. 1 D. de bon. damn. 48, 20) und ein Rescript Alexanders (L. 1 C. de repud. 5, 17), daß durch Deportation die Ehe nicht nothwendig aufgelöst wurde, sofern beide Theile die affectio maritalis festhielten, während eine Stelle von Paulus (L. 56 D. soluto matr. 24, 3) einfach sagt, die deportirte Ehefrau höre auf, Ehefrau ihres Mannes zu sein, wie wenn sie gestorben wäre.

Darüber, welche Wirkung eine minima capitis diminutio auf die Ehe gehabt habe, ist mir kein direktes Quellenzeugniß bekannt. Savigny sagt hierüber [14]): „Die Civilehe, welche vor der (minima) capitis diminutio vorhanden war, dauert auch nach derselben unverändert fort. Bei der Arrogation und der vollendeten Emancipation ist dieses ganz unzweifelhaft. In dem Uebergangszustand, während der mancipii causa könnte man daran noch etwa zweifeln; und gerade für diesen Fall ist die fortdauernde Wirksamkeit der Ehe ausdrücklich anerkannt." Er citirt dafür Gajus I §. 135. Diese höchst merkwürdige Stelle müssen wir vor Allem näher in das Auge fassen. Sie lautet wörtlich so:

> Qui ex filio semel iterumve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est, et ideo ab eo et mancipari et in adoptionem dari potest. At is, qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione

---

[14]) A. a. O. §. 67. S. 75.

est, non nascitur in avi potestate. sed eum Labeo quidem existimat, in ejusdem mancipio esse, cujus et pater sit, utimur autem hoc jure, ut quamdiu pater ejus in mancipio sit, pendeat jus ejus: et siquidem pater ex mancipatione manumissus erit, cadit in ejus potestatem; si vero is, dum in mancipio sit, decesserit, sui juris fit.

Es geht hieraus hervor: erstens, daß unter allen Umständen, selbst nach Labeos Ansicht der mancipatus die familia dessen, dem er mancipirt worden ist, nicht durch Zeugung fortpflanzt; zweitens, daß er dagegen, so lange er noch nicht unwiderruflich aus seiner alten familia ausgeschieden ist, diese durch Zeugung fortpflanzen kann, und drittens also, daß er so lange wenigstens, ja nach dem, wie Gajus sagt, wirklich geltenden Rechte, d. h. nach der herrschend gewordenen Rechtsansicht, sogar während er zum drittenmal in causa mancipii ist, die Fähigkeit besitzt, in einem Römischen Eherechtsverhältnisse zu stehen; denn sonst könnten die daraus erzeugten Kinder nicht auf Grund dieser Zeugung in seines Vaters oder seine potestas kommen.

Böcking [15]) schließt also aus dieser Stelle mit Recht, daß der mancipatus das connubium behält. Daß aber, wie er und Savigny annehmen, eine von ihm bereits vor seiner Mancipation eingegangene römischgültige Ehe (justum matrimonium) durch die minima capitis diminutio überhaupt nicht geändert werde, ergibt sich daraus noch nicht. Es folgt daraus nur, daß der Mancipirte die Fähigkeit hat, ein justum matrimonium einzugehen, aber keineswegs, daß eine vor der Mancipation von ihm eingegangene römischgültige Ehe unverändert fortdauert. Es kann kein Zweifel sein, daß wie seine Kinder, so auch seine Frau, die in seiner manus ist, in der Gewalt des mancipirenden Vaters zurückbleibt, und ebensowenig, daß er mit ihr nach der Mancipation die Ehe

[15]) A. a. O. §. 58. Note 60.

fortsetzen kann. Ich zweifle auch gar nicht, daß eine solche wirklich immer fortgesetzt worden ist. Ebenso bin ich aber überzeugt, daß ein Römischer Jurist, wenigstens, wenn es ihm darauf angekommen wäre, genau zu sprechen, sich immer so darüber ausgedrückt haben würde, wie sich Gajus in der oben angeführten Stelle über die Societät ausdrückt: Dicitur capitis diminutione solvi justum matrimonium; sed si adhuc consentiunt in matrimonium, novum videtur incipere matrimonium.

Dem scheint nun freilich entgegenzustehen, daß Ulpian in der oben angeführten L. 13 §. 1 D. de don. inter V. et U. sagt: deportatione (also sogar durch eine media capitis diminutio) matrimonium minime dissolvitur und ganz ebenso jenes Rescript Alexanders, L. 1 C. de repud.: Matrimonium quidem deportatione vel aquae et ignis interdictione non solvitur. Allein wie die letztere Stelle dann unmittelbar fortfährt: si casus in quem maritus incidit, non mutet uxoris affectionem, so drückt sich auch Ulpian selbst in L. 5 §. 1 D. de bon. damn. ebenso wieder in vollem Einklang mit dieser Einschränkung, so aus: non utique deportatione dissolvitur matrimonium; nam quum libera mulier remaneat, nihil prohibet, et virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere. So war also, wie auch aus der oben angeführten Stelle von Paulus hervorgeht, doch die eigentliche Ansicht selbst der späteren Juristen, in Beziehung auf media capitis diminutio die: an sich wird dadurch die Ehe aufgelöst, sie kann aber durch fortdauernden Consens der Gatten (als matrimonium juris gentium) fortgesetzt werden. Und so ist es denn gewiß wahrscheinlich, daß sie bei der minima capitis diminutio zwar die Fortdauer der Ehe und zwar als Civilehe voraussetzten, aber auch hier, wenn sie diese Fortdauer juristisch construiren wollten, sie auf einen neuen, stillschweigenden Consens gründeten.

Nun ist es Zeit, daß wir auf die Frage eingehen, welche Wirkung die Emancipation auf das castrense peculium

hatte? Meines Wissens enthalten hierüber die Quellen keine weitere Andeutung, als daß, wie schon oben beiläufig berührt wurde, Justinian in L. 16 §. 2 C. de usufructu (3, 33) sagt: Quare si filiusfamilias fuerit is, qui habet usumfructum, forte ex castrensi peculio, ubi nec ususfructus acquiritur patri ejus, possessum, per emancipationem eum amittat? Dadurch will er anschaulich machen, wie billig es sei, die Zerstörung der Personalservituten durch minima capitis diminutio aufzuheben. Er scheint also mit jenen Worten indirekt allerdings zu sagen: bisher verlor man den zum castrensischen Erwerb gehörenden Nießbrauch durch Emancipation. Allein ein eigentliches Zeugniß dafür, daß dies wirklich jemals geltendes Recht war, liegt darin nicht; möglich ist es doch immer, daß Justinian dies nur aus der allgemeinen Regel des Aufhörens der Personalservituten durch jede capitis diminutio ihrer Inhaber irriger Weise schloß.

In der That kommt es mir höchst unwahrscheinlich vor, daß der Emancipation auf Rechte und Verbindlichkeiten, die zu einem castrense peculium gehörten, irgend ein Einfluß sollte zugeschrieben worden sein. Es wurde ja sonst so consequent der Satz durchgeführt, daß der filiusfamilias in Beziehung auf sein castrense peculium als paterfamilias anzusehen sei; hieraus folgte aber doch eigentlich nothwendig, daß im ganzen Bereich dieser Rechtsverhältnisse die Emancipation überhaupt keine Veränderung hervorbringen könne, indem ja dadurch der Emancipirte nur das wurde, als was er in jenem Bereich schon durchaus gegolten hatte. Auch macht diesen Schluß wirklich, wenigstens in Beziehung auf eine Wirkung der capitis diminutio Ulpian in L. 6 §. ult. D. de injusto test. (28, 3):

> quantum ad testandum de castrensi peculio, pro patrefamilias habendus est (filiusfamilias), et ideo nec emancipatione irritum fieri militis vel veterani testamentum, verum est.

Es kommt dazu noch Folgendes. Die Emancipation führte durch die imaginaria servilis causa des Mancipium. Hätte man nun der Emancipation überhaupt eine Beziehung auf das castrense peculium gegeben, so hätte man auch annehmen müssen, daß die darin enthaltenen Rechte mit dem filiusfamilias an den fiduciarius kommen, der sie alsdann dem mancipatus bei der Manumission wieder hätte durch einzelne Akte zurückgeben müssen. Es ist nun doch gewiß sehr wahrscheinlich, daß schon diese Schwierigkeit dazu antrieb, auch in dieser Hinsicht die Fiction festzuhalten, daß der filiusfamilias bereits paterfamilias sei und folglich die Emancipation das castrense peculium überhaupt nichts angehe.

Auf der andern Seite aber ergibt sich aus diesem nothwendigen Durchgang des zu Emancipirenden durch die mancipii causa, daß man jedenfalls, wenn man annähme, die Emancipation habe wirklich auch das castrense peculium angegangen, nicht sagen könnte (wie Savigny a. a. O. S. 79), der Emancipirte sei „gewiß Eigenthümer des castrense peculium geblieben, ungeachtet der erlittenen capitis diminutio"; denn in der That hätte er dann, wie wir eben sahen, es doch erst an den Fiduciar verlieren und von diesem wieder zurückerhalten müssen.

„Das gewöhnliche Peculium (das s. g. profectitium peculium) bleibt dem Emancipirten, wenn es ihm nicht bei der Emancipation vom Vater entzogen worden ist." So ungefähr lautet in unsern Lehrbüchern gewöhnlich der Rechtssatz, welchen man aus L. 31 §. 2 D. de don. 39, 5. (Fragm. Vat. §. 255) L. 17 C. eod. (8, 54) und aus L. 53 D. de peculio (15, 1) ableitet.

Jene ersteren Stellen sprechen nur von Sachen, welche der Vater dem Kinde, während es in seiner Gewalt war, geschenkt hat, und sagen, daß wenn demselben das Peculium überhaupt, oder wenn ihm wenigstens diese Sachen bis über die Emancipation hinaus gelassen worden sind, ebendadurch die Schenkung derselben zu voller Wirksamkeit gelange, und

folglich, wie L. 17 C. cit. ausdrücklich bemerkt, der Vater nun nicht mehr sich die Schenkung gereuen lassen und deshalb dem emancipirten Kinde die Sachen wieder abnehmen könne.

L. 53 D. cit. redet blos von dem einem Sklaven bei seiner Freilassung nicht abgenommenen Peculium und sagt von demselben: videtur concessum; mit dem Zusatz: debitores autem convenire, nisi mandatis sibi actionibus, non potest. D. h.: es liegt in der Nichtentziehung des Peculiums eine Ueberlassung desselben, wodurch er aber nicht auch die dazu gehörigen Forderungen von selbst erwirbt, sonsie cedirt erhalten muß, um daraus klagen zu können.

Ich halte es nun für ganz unbedenklich, diese letztere Stelle auch auf die Emancipation anzuwenden und so auf dieselbe im Zusammenhalt mit jenen andern Stellen den oben angeführten Rechtssatz zu gründen [16]). Aber als der eigentliche Inhalt desselben stellt sich hiernach Folgendes dar.

Bis zur vollendeten Emancipation bleiben die Peculiarsachen jedenfalls im Eigenthum des Vaters, wie sie nach der ausdrücklichen Erklärung der L. 17 C. cit. dann auch noch ferner darin verbleiben, wenn sie der Emancipirte nach der Emancipation gegen den väterlichen Willen in seiner Hand behält [17]). Erst im Augenblick der vollendeten Emancipation, d. h. also dann, wenn der Emancipirte durch die (letzte) manumissio ex mancipio eine neue und nun selbstständige privatrechtliche Persönlichkeit erlangt hat, verwandelt sich durch die in der Unterlassung der ademtio peculii liegende Concession sein natürlicher Besitz der Peculiarsachen

[16]) Noch direkter wird er übrigens in §. 20 I. de leg. und §. 260 Vat. Fr. ausgesprochen.

[17]) „si ea, quae in tua positis potestate donaveras, post emancipationem contra tuam tenuerunt voluntatem, horum penes te dominium remansit, siquidem nec tempore, quo voluisti, propter vinculum potestatis sibi quidquam quaerere, nec post invito te, de rebus tuis potuerunt.

vermöge einer brevi manu traditio in Eigenthum oder Usucapionsbesitz. Es kann mithin auch hier nicht von einem Bleiben des Eigenthums nach der capitis diminutio, sondern nur von einer Erwerbung desselben auf Grund der allerdings bleibenden naturalis possessio gesprochen werden.

So hoffe ich nun hinlänglich dargethan zu haben, daß meine Behauptung, auch die minima capitis diminutio stehe civili ratione dem Tode gleich, indem sie völliger Untergang der rechtlichen Persönlichkeit, nur verbunden mit gleichzeitiger Eintauschung einer neuen sei, durch das, was unsre Quellen über die Wirkungen derselben enthalten, theils bestätigt, theils wenigstens nicht widerlegt wird. Es bleibt nur noch übrig, jene civilis ratio zu erklären, oder doch einen Versuch zu machen, ob sich nicht innere Gründe derselben auffinden lassen.

Ausgehen müssen wir hiebei davon, daß die minima capitis diminutio eine familiae mutatio ist, d. h. zunächst Austritt aus dem Agnatenkreise, dem man bisher angehört hat, und Eintritt in eine andere familia, wenn auch nicht gerade in einen neuen Agnatenkreis d. h. so daß man Agnatenrechte in dieser andern familia erwirbt. Dieses Letztere bemerke ich mit Rücksicht darauf, daß die minima capitis diminutio in vielen Fällen durch eine Mancipation bewirkt wird, theils so, daß die dadurch erfolgende Versetzung der Person, welche mancipirt wird, in die mancipii causa, der Endzweck des Rechtsgeschäfts, theils so, daß sie nur das Mittel für eine Entlassung aus der väterlichen Gewalt oder manus oder für eine datio in adoptionem ist. Immer tritt dadurch die mancipirte Person aus dem Agnatenkreise, dem sie bisher angehört hat, heraus, und tritt ebenso in die familia des mancipio accipiens ein, aber nur als passives Glied derselben, wie Böcking es sehr gut ausdrückt [18]), nicht als aktives. Der Mancipirte ist in der familia seines

[18]) A. a. O. §. 43.

Gewalthabers, aber er hat sie nicht zu seiner familia (familiam non habet), sondern sie hat ihn. Es ist dafür beweisend folgende bekannte Stelle des Gajus (I §. 123):

mancipati mancipataeque servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab eo cujus in mancipio sunt neque hereditatem, neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona servorum.

Der mancipatus verliert also seine familia nur, ohne sofort eine neue (im vollen Sinne des Worts) zu bekommen; es geschieht dieses vielmehr erst, wenn er manumittirt und dadurch princeps familiae wird (suam incipit habere familiam), oder wenn er einem Adoptirenden in jure cedirt wird und dadurch dessen familia zu seiner familia erhält.

Beim Sohn ist sogar eine dreimalige Mancipation nöthig, damit er unbedingt und vollständig aus der Gewalt des mancipirenden Vaters und aus seiner familia herauskommt [19]:

Gajus I. §. 132:

— filius quidem tertia demum mancipatione, ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentium potestate: lex enim XII tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, his verbis: si pater filium ter venum dabit, filius a patre liber esto.

Man könnte nach dem Wortlaut dieser Sätze sich sogar versucht fühlen, zu glauben, der Sohn komme durch die zwei ersten Mancipationen überhaupt gar nicht aus der väterlichen Gewalt und behalte somit auch seine familia völlig. Allein wie es schon an sich undenkbar ist, daß er zugleich im Recht des Käufers und seines Vaters sei, wovon vielmehr das

[19]) Die Sabinianer beschränkten dies: nostrae scholae auctores crediderunt tres lege XII ad voluntarias mancipationes (im Gegensatz zu mancipationes ex noxali causa) pertinere. Gaj. IV §. 79.

erstere, so lange es besteht, das letztere nothwendig ausschließen muß, so sagt auch Gajus nachher von der zweiten Manumission ausdrücklich: quo facto rursus in potestatem patris sui revertitur. Es kann daher die Bestimmung der XII Tafeln und was Gajus darüber sagt, nur so verstanden werden, daß der Sohn zwar auch durch jede Mancipation (also auch schon durch die erste) aus der väterlichen Gewalt und der familia ausscheidet, aber erst durch die dritte so, daß nun die Aussicht für immer abgeschnitten ist, von selbst wieder in dieselbe zu kommen. Auch darf man wohl annehmen, daß die zweimalige Rückkehr gleichsam jure postliminii d. h. mit rückwärts wirkender Aufhebung der erlittenen capitis diminutio erfolgte. Der unwiderrufliche Austritt aus der patria potestas erfolgt aber bei der dritten Mancipation sogleich durch diese selbst, nicht erst durch die darauf folgende Manumission:

> eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit.

Wenn also auch, wie wohl jetzt allgemein angenommen wird, die richtige Lesart bei Gajus I §. 162 die ist:

> — ut quoties quisque mancipetur ac manumittatur, toties capite deminuatur,

so hat das jedenfalls nicht den Sinn, als wenn die manumissio zur Vollendung der capitis diminutio gehörte, sondern es soll damit nur gesagt werden, daß jede Mancipation und Manumission nur eine capitis diminutio in sich schließt, die manumissio ex mancipio nicht gleichfalls für sich eine capitis diminutio ist. Der Mancipirte hat keine familia, die er durch Manumission verlieren könnte; er verliert nicht, sondern gewinnt eine familia durch dieselbe.

Dagegen erfolgt bei der conventio in manum und bei der Arrogation (für den sich in Adoption Gebenden selbst und seine Kinder) unmittelbar die volle familiae mutatio d. h. der Uebergang aus einem Agnatenkreis in den andern, so daß der capite minutus in dem letztern dieselben Rechte

erhält, welche er im erstern hatte. Es muß also der blose Wechsel der Stellung in einer bestimmten familia selbst bei völliger Gleichheit der Stellung in der neuen familia mit der in der alten für die Römische Anschauung eine Bedeutung haben, welche mit dem Sterben (und Wiederauferstehen) verglichen werden kann.

Hält man dies fest, so muß man wohl darauf verzichten, wie lockend es auch sein mag, den Erklärungsgrund für diese Auffassung der familiae mutatio in der Geschlechterverfassung des ursprünglichen Römischen Staats aufzusuchen [20]). wornach Gentilicität gleichbedeutend genommen werden konnte mit Civität. Denn von hieraus würde es sich zwar etwa erklären lassen, warum ein Patricier, der emancipirt wurde, einen bürgerlichen Tod zu erleiden schien, keineswegs aber warum auch die Arrogation eines Patriciers so betrachtet wurde, bei welcher er sofort vollberechtigtes Glied einer andern Gens wurde (wenn er nicht sogar in derselben Gens blieb), geschweige denn daß der Eintritt einer Frauensperson in die manus ihres Mannes mit politischer Rechtsfähigkeit schon aus dem einfachen Grunde nichts zu schaffen haben konnte, weil es hieran einer Frauensperson überhaupt gänzlich fehlt.

Was aber wirklich auf jede familiae mutatio paßt, ist Folgendes. Es gehört zu den natürlichen unveränderlichen Bedingungen des menschlichen Daseins, daß der einzelne Mensch Familienglied sei. Aufhören, Glied seiner Familie im natürlichen Sinne des Worts zu sein kann, er nur, indem er wirklich stirbt. Der Begriff der Römischen familia macht freilich einen Austritt aus ihr ohne wirkliches Sterben möglich. Aber es liegt doch sehr nahe, was bei der natürlichen Familie nur Folge des natürlichen Todes sein kann, bei der civilis familia selbst als civilis mors, als Untergang der civilen Persönlichkeit aufzufassen. Das Ausscheiden des

---

[20]) Vergl. Puchta Institutionen Bd. 2 §. 219.

Einzelnen aus seiner familia ist Lostrennung eines Gliedes aus einem Organismus, in dem es sein Leben hat; es ist nichts weniger als unnatürlich, sie als ein Sterben, als Verlust der Persönlichkeit, als capitis diminutio im buchstäblichen Sinn zu behandeln.

Wenn also Paulus in L. 11 D. h. t. sagt: tria sunt, quae habemus — nämlich „wir Römische Bürger" — libertatem, civitatem, familiam, so kann er zwar diese drei Dinge nicht in dem Sinn neben einanderstellen, als wenn auch familia, wie civitas eine bestimmte Stufe der Rechtsfähigkeit wäre, wohl aber in dem Sinn, daß familia, wie libertas und civitas etwas ist, das man nicht verlieren kann, ohne seine Rechtsfähigkeit zu verlieren. Das Leben ist auch nur die thatsächliche Bedingung der Möglichkeit, irgend welche Rechte zu haben, aber der Verlust des Lebens ist doch auch das Ende der Rechtsfähigkeit des Gestorbenen. Und der Römische Bürger, der seine familia verliert, wird eben damit von dem Boden losgerissen, in welchem sein ganzes bisheriges privatrechtliches Dasein wurzelte, und muß dieses also selbst dadurch verlieren; er kann nur ein neues, mit dem vorigen nicht zusammenhängendes dadurch gewinnen, daß er in einen andern Boden gleicher Art verpflanzt wird.

Die minima capitis diminutio ist also deshalb momentaner Untergang der Persönlichkeit, weil sie Lösung des agnatischen Familienbandes ist. Ich habe die Wirkungen der minima capitis diminutio, welche in direktem Zusammenhang hiermit stehen, oben übergangen, weil sie offenbar ohne Beweiskraft für den Hauptsatz sind, welchen zu erhärten mir oblag. Es gehört zu diesen Wirkungen der Verlust der Erbrechte, der alten legitima tutela und des Patronatrechts. Ebenso aber auch der auf den ersten Anblick so auffallende Satz des alten Rechts, daß eine Frauensperson capitis diminutio erlitten haben muß, um ein Testament errichten zu können, wie Cicero Top. c. 4 sagt:

Sic ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari,

und Gajus I §. 115[a] ausführlich bestätigt:

Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio. tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent, remancipataeque et manumissae fuissent. sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.

Eine Frauensperson mußte also bis auf Hadrian ihre bisherige privatrechtliche Persönlichkeit aufgeben, um die Fähigkeit zur Errichtung eines auch nur nach prätorischem Recht gültigen Testaments zu erlangen. Dies erklärt sich ganz einfach, wenn wir uns erinnern, daß se capite diminuere das Mittel ist, den agnatischen Verband, in dem man steht, zu lösen, und zwar wenn es von einer Frauensperson in der von Gajus angegebenen Weise geschieht, so, daß sie nun keine familia hat, außer insofern sie selbst ihre familia ist. Es stehen dann ihrer Testamentserrichtung keine agnatischen Intestaterbrechte im Wege, welche eben eine Frauensperson durch Testamentserrichtung kraft eines jus publicum nicht sollte aufheben können. Es ist mithin nicht die capitis diminutio für sich, was einer Frau die Fähigkeit gibt, ein Testament zu machen; die blose Versetzung in ein fremdes jus würde ja gerade erst einen neuen Mangel der testamentifactio bewirken; nur wenn sie selbst sich auf eine solche Weise capite deminuirt („si se capite diminuit"), daß sie schließlich sui juris wird, kann sie testiren. Selbst ob eine emancipirte Tochter testiren konnte, wenn sie vom Vater selbst manumittirt worden war, möchte ich bezweifeln, da sie nun doch wieder legitimi heredes hatte, und bin daher geneigt anzunehmen, daß die Worte von Cicero und Gajus ganz buchstäblich zu verstehen sind.

Die Entkräftung der Testamente durch jede, auch die minima capitis diminutio, ist ebenfalls keine unmittelbare Folge derselben, sondern vielmehr des Umstands, daß die Person des Testators durch eine solche capitis diminutio — welche bei ihr nur denkbar ist im Wege der Arrogation oder conventio in manum — die testamentifactio vermöge der Unterwerfung unter ein fremdes jus verliert, wie sie der Testator, der eine capitis diminutio magna erleidet, durch den Verlust der Civität oder Freiheit einbüßt.

Besondere Schwierigkeiten für die Lehre von der capitis diminutio hat man darin gefunden, daß der Flamen Dialis und die Virgo Vestalis durch ihre Caption der patria potestas ledig werden sollen ohne capitis diminutio, während doch dadurch ihre Agnation zwischen ihnen und ihren angeborenen Verwandten sich auflöse. Die wichtigsten Zeugnisse sind in dieser Beziehung für die Virgo Vestalis folgende Stellen bei Gellius I. 12.:

> Virgo autem Vestalis simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit, et jus testamenti faciundi adipiscitur. — Praeterea in commentariis Labeonis, quae ad XII tabulas composuit, ita scriptum est: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam: sed bona ejus in publicum redigi ajunt. Id quo jure fiat, quaeritur.

Ich halte aber für den Sinn dieser Aussprüche, wovon sich der erstere auf Capito stützt, den: die Vestalische Jungfrau wird durch ihre Captio zwar sui juris bei Lebzeiten ihres Vaters, also auf eine Weise, wie sie regelmäßig nur in Verbindung mit einer capitis diminutio d. h. mittelst eines Untergangs der privatrechtlichen Persönlichkeit und gänzlichen Ausscheidens aus der Agnatenfamilie eintritt; allein bei ihr findet dieses Ausscheiden eben ausnahmsweise nicht Statt, weil ja eben ihr Selbstständigwerden nicht mit einem Uebertritt

in eine fremde menschliche Gewalt oder dem Durchgang durch eine solche verbunden ist. Gleichwohl beerbt sie weder ihre Angehörigen ab intestato, noch wird sie von ihnen so beerbt, und kann daher auch nun sofort ein Testament errichten, ohne sich capite deminuirt zu haben. Aber das ist eben ein Ausnahmsrecht, welches unerklärlich ist.

Savigny[20]) bezieht das: „id quo jure fiat, quaeritur“ nur auf den Heimfall ihrer Intestaterbschaft an den Staatsschatz. Allein dieser war gewiß sehr erklärlich, wenn sie keine Intestaterben hatte. Viel natürlicher ist es, daß Labeo es unerklärlich fand, warum sie nicht ab intestato erben und beerbt werden sollte, während sie im Agnationsverband mit ihrer angestammten familia blieb. Die Stelle bestätigt also gerade unsere Theorie von der Bedeutung der capitis diminutio, auch wenn wir so wenig als Labeo jene Ausnahmsbestimmung zu erklären vermögen[21]). Böckings Erklärung davon, daß die Vestalin, wie er meint, aus dem Agnationsverband trete, und doch keine capitis diminutio erleide: sie trete „durch eine Mancipation (?) an die Gottheit in „einen über den bürgerlichen erhabenen Rechtskreis“ muß ich schon deshalb für verfehlt halten, weil hieraus doch folgen würde, daß sie ebenso, wie eine res sacra aufhört, Gegenstand des commercium zu sein, das persönliche commercium verlöre, und also auch kein Testament machen könnte.

Um die Gedankenentwicklung, in welcher der Zweck dieser Abhandlung besteht, zu vollenden, muß ich endlich hier noch auf einen Gegenstand zurückkommen, den ich von andern Gesichtspunkten aus schon in einer früheren, aber, wie ich glaube, wegen ihrer Form nicht in weiteren Kreisen bekannt gewordenen Abhandlung[22]) besprochen habe, ich meine die inneren

---

[20]) A. a. O. S. 504.

[21]) Vergl. Puchta Institutionen II. §. 220. Note tt.

[22]) Scheurl de modis liberos in adoptionem dandi. Erlangae 1850. 4.

Gründe der Emancipations- und Adoptionsformen des alten Rechts.

Gewiß muß es Jedermann bei einigem Nachdenken auffallen, daß die Römer für die Entlassung aus der väterlichen Gewalt und für die Ueberlieferung von Kindern in die väterliche Gewalt eines Andern Formen für nothwendig hielten, vermöge welcher die Kinder durch die servilis conditio der mancipii causa hindurchgehen mußten. Warum genügte nicht die unmittelbare assertio in libertatem (sc. a patre sive a patria potestate) gegenüber dem Vater dazu, um das Kind sui juris zu machen, und die einfache vindicatio desselben als filius suus ex jure Quiritium durch den Adoptirenden (auch unmittelbar gegenüber dem natürlichen Vater) um es in dessen Gewalt zu bringen?

Ich erkläre mir dieses auf folgende Weise.

„Paterfamilias appellatur," sagt L. 195 D. de V. S., „qui in domo dominium habet." Was in das Haus, in die familia des paterfamilias kommt, das wird seiner Herrschaft unterworfen und bleibt es nothwendig, so lange es in der familia bleibt, oder er selbst aufhört, Haupt des Hauses zu sein. Es muß aus dem Hause herauskommen, um aus dem dominium des Hausvaters heraus zu kommen, welcher Art immer dieses dominium sein mag. Bei Personen, die im Kindesverhältniß zu ihm stehen, bedeutet das: sie müssen aus dem agnatischen Verband herauskommen. Der Hausvater kann sich nicht seiner Gewalt über sie begeben, und sie dadurch von dem agnatischen Verbande loslösen; denn die blose Befreiung von seiner Gewalt würde an sich noch gar nicht diese Folge haben, wie wir daran sehen, daß sie nicht eintritt, wenn die Kinder durch den Tod des Vaters frei werden, oder wenn dies geschieht, indem sie eine Gottheit sich als Flamines Diales oder Virgines Vestales wegnehmen läßt. Will er also selbst sie zu ihren eigenen Herren machen, oder sie in die Gewalt eines Andern bringen, so muß er sie zuvor aus der familia entfernen, von dem

agnatischen Verbande mit derselben lostrennen, und dies geschieht eben durch die mancipatio; er muß sie capite diminuere, um sie aus seiner Gewalt entlassen, oder in die Gewalt eines Andern geben zu können. Nur bei der Tochter, welche in manum mariti kommen soll, hat er das nicht nöthig; die Eheschließung durch confarreatio oder coëmtio versetzt sie von selbst in die familia ihres Mannes und bringt sie eben dadurch aus dem agnatischen Verband mit ihrem Stammhause heraus.

Außerdem muß das Kind mancipirt sein, um dann erst als eine quasi servilis persona manumittirt und dadurch sui juris, oder dem, der es adoptiren will, in jure cedirt werden zu können. Beides geschieht durch eine Vindication, jenes durch eine vindicatio in libertatem [23]), dieses durch eine vindicatio als filius oder filia (nepos oder neptis).

Bis auf diesen Punkt (ihn mit eingeschlossen) findet also zwischen der Emancipation und der Adoption (im e. S.) der vollkommenste Parallelismus des Verfahrens statt. Hierdurch wird es sehr wahrscheinlich, daß auch zwischen der auf einem weiteren Punkte beruhenden Doppelartigkeit der Emancipationsform und der Doppelartigkeit der Adoptionsform dieselbe Harmonie Statt gefunden habe.

Worin die Verschiedenheit der zwei Vollendungsarten der Emancipation bestanden habe, wissen wir genau; dagegen wissen wir vermöge der lückenhaften Beschaffenheit des §. 134 im I. Buch des Gajus in der Veronesichen Handschrift nur, daß es zwei Arten der datio in adoptionem gab, nicht aber worin ihr Unterschied bestand. Ich habe nun in jener Abhandlung die Vermuthung zu begründen gesucht, daß der Text dieser Stelle in einer Weise theils ergänzt, theils berichtigt werden müsse, welche, wenn sie richtig wäre, ergeben würde, daß der Unterschied zwischen den zwei Adop-

---

[23]) Denn nichts Anderes ist in der That die manumissio vindicta.

tionsformen genau derselbe war, wie der zwischen den zwei Emancipationsformen.

Der letztere bestand nämlich nach Gajus I. §. 132 in Verbindung mit der Epitome I. 6. §. 3 in Folgendem:

> eaque res (sc. emancipatio) ita agitur. mancipat pater filium alicui: is eum vindicta manumittit: eo facto revertitur in potestatem patris. is eum iterum mancipat vel eidem, vel alii; sed in usu est, eidem mancipari: isque eum postea similiter vindicta manumittit: quo facto rursus in potestatem patris sui revertitur. tunc tertio pater eum mancipat vel eidem, vel alii; sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur: eaque mancipatione desinit in patris potestate esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii.... (Ep. l. l.) Tamen cum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur et a naturali patre manumittatur, ut si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius, succedat. Feminae vel nepotes masculi ex filio una emancipatione de patris vel avi exeunt potestate, et sui juris efficiuntur. et hi ipsi, quamlibet una mancipatione de patris vel avi potestate exeant, nisi a patre fiduciario remancipati fuerint, et a naturali patre manumissi, succedere eis naturalis pater non potest, nisi (für sed) fiduciarius, a quo manumissi sunt.

D. h. es kann der die Emancipation vollendende Akt der vindicatio in libertatem entweder gleich nach der dritten oder einzigen Mancipation mit dem, welchen der Epitomator fiduciarius pater nennt, oder er kann nach vorgängiger Remancipation an den natürlichen Vater mit diesem vollzogen werden.

Nun schlage ich vor, den Text des §. 134 so zu ergänzen und zu berichtigen:

et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita pater eum de potestate dimittit, ut sui juris efficiatur. deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, apud Praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante, a Praetore vindicanti filius addicitur; aut non remancipatur (statt jure mancipatur) patri, *(sed ab eo vindicanti in jure ceditur, apud quem in tertia)* [24]) mancipatione est: sed sane commodius est, patri remancipari (statt in jure mancipari).

Die Begründung dieser Textesrecension kann ich um so mehr mit Verweisung auf meine angeführte Abhandlung (§. III. sqq.) hier übergehen, als meine Conjektur zu meiner großen Freude bereits die Billigung Rudorffs [25]) und Kellers [26]) erhalten hat.

Ist sie aber richtig, so kann auch die Adoption entweder durch einen mit dem Fiduciar, also ohne Remancipation an den natürlichen Vater, oder durch einen nach vorgängiger Remancipation an den natürlichen Vater (als in jure cedens) zu vollziehenden Vindicationsakt vollbracht werden, und das Letztere ist offenbar deshalb bequemer („commodius"), weil dann der Adoptivvater gleich der Fiduciar sein, also die ganze Adoptionshandlung zwischen ihm und dem natürlichen Vater allein, ohne Beiziehung eines Dritten, vor sich gehen kann.

---

[24]) Die hier eingeschlossenen Worte sind diejenigen, mit welchen ich, unter Benützung der mitgetheilten Züge der Handschrift die Lücke ausfülle.

[25]) In der zweiten Auflage des III. Bandes von Puchtas Institutionen §. 283. Note o.

[26]) Römischer Civilprozeß §. 24. Note 294.

X.

Kritische Bemerkungen zu Gajus IV §. 45 ff.

Indem ich hiemit in den in N. V. versuchten Nachträgen zu Huschkes kritischen Bemerkungen über das vierte Buch des Gajus fortfahre, mache ich darauf zuerst aufmerksam, daß offenbar im §. 47 in der depositi formula in jus concepta wieder das Wort paret, wahrscheinlich unmittelbar nach quidquid, ausgefallen ist, wornach dann oportet in oportere geändert werden muß: weil sonst das si non paret in der condemnatio gar keinen richtigen Gegensatz hätte; wie Huschke, gewiß ganz richtig im §. 54 statt oporteat liest: oportere pareat.

In §. 55 würde ich die Lücke zwischen quia und si mit den Worten ausfüllen:

errorem corrigere alio judicio permittitur.

Es stimmen damit einige Züge der Handschrift genau überein und es schließt sich dann die leicht begreifliche Aenderung der Stelle in Justinians Institutionen (§. 35 I. de act.): in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur sehr leicht an den Urtext an.

Im §. 57:

> At si in condemnatione plus petitum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed *reus cum* iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur

sind freilich die von den Herausgebern gegen die Handschrift eingesetzten Worte reus cum dem Sinn nach unentbehrlich, könnten aber nach Lachmanns richtiger Bemerkung an sich

auch durch ein bloses qui ersetzt werden. Da nun aber doch jedenfalls der Abschreiber etwas ausgelassen hat, so ist es natürlich eben so wahrscheinlich, daß er mehr, ja es ist am wahrscheinlichsten, daß er eine ganze Zeile ausgelassen hat. Und wirklich scheint mir kaum eine Erwähnung der justa causa in integrum restitutionis hier entbehrt werden zu können. Ich würde daher lieber etwa so ergänzen:

reus si sine culpa sua per errorem forte.

Im §. 60 scheint mir die Lücke in Z. 19 und 20 so ausgefüllt werden zu müssen:

sine demonstratione et intentione plane.

Das plane im Sinn von geradeweg oder schlechtweg scheint mir nach den Zügen der Handschrift und dem Zusammenhang ganz sicher; aber auch die vorausgehenden Worte stehen ziemlich deutlich in dem Codex, und daß Gajus wirklich das Vorkommen einer intentio in der formula in factum concepta, wie das einer demonstratio läugnen will, scheint mir trotz des von Huschke gebilligten Widerspruchs Puchtas doch ausgemacht, weil in der That intentio nichts Anderes bedeutet, als Angabe des Rechts, welches Klagegrund ist, nach seinem vollen Inhalt, wie ja auch Gajus selbst im §. 41 die intentio definirt als ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit und dabei nur Beispiele aus formulae in jus conceptae gibt.

Am Schlusse des §. 61 will Huschke das Wort debeat hinzugesetzt wissen, das freilich nöthig sein würde, wenn das ut nach continetur echt wäre. Allein nach den Scheden steht in der Handschrift ziemlich deutlich continetur allein, nicht continetur, ut, und ich glaube daher, es ist vielmehr ut herauszuwerfen, als debeat zuzusetzen.

Den §. 63 wollte Lachmann so ergänzen:

Tamen judicii nullam *(etiam interdum)* compensationis rationem habere *(licet, neque enim)* formulae verbis praecipitur.

Wie hätte aber Gajus sagen können, nur zuweilen dürfe der Richter auf Compensation keine Rücksicht nehmen, da er ja vielmehr zu jener Zeit überhaupt nur ganz ausnahmsweise Rücksicht darauf nehmen durfte?

Ich habe oben S. 152 vorgeschlagen zu lesen:

Tamen judici nullam *(licere videtur)* compensationis rationem habere, *(nisi ipsis ei)* formulae verbis praecipitur.

Die Worte licere videtur weichen von den Zügen, welche Blume angibt: *e* (?) *m* (vel *n*) * [1]) *inutum*, wie man sieht, nicht sehr ab. Auch: nisi (mit der bekannten Sigle geschrieben gedacht) ipsis ei ist gewiß mit Blumes *s*p̄er* (?) **m (vel *io*) ganz wohl zu vereinigen. Hinsichtlich des Sinns aber stütze ich meine Vermuthung hauptsächlich auf den darauf folgenden Satz:

sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.

„Officio judicis continetur“ heißt: er hat dazu die Macht als Judex, er braucht dazu keiner besondern Ermächtigung durch den Prätor. Daß sich Gajus hierauf beruft, scheint darauf hinzudeuten, daß er im Vorhergehenden einen Zweifel daran vorgebracht habe, ob der Richter sich auf ein Compensationsbegehren einlassen könne, ohne durch eine ausdrückliche Anweisung in der Formel dazu autorisirt zu sein. Und dieser Zweifel war gewiß sehr natürlich, wenn man bedenkt, daß in der That die Compensationseinrede ganz die Natur einer Exception im materiellen Sinne des Worts hat, und außer der bona fidei judicia auch stets durch eine förmliche exceptio doli oder durch eine Fassung der Formel, wie sie nachher in den §§. 64 sqq. beschrieben wird, geltend zu machen war. Innere Gründe sprechen also gewiß für meine Conjektur.

---

[1]) Lachmann bemerkt hiezu: Immo * * *, nisi plures.

Am Schlusse des §. 64 möchte ich, wie ich schon oben S. 156 bemerkte, lieber so lesen:

ita intendit: si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius, quam *ipsum Titio dare oportere*

statt:

quam ipse Titio debet.

Zwar scheint „debet" ganz deutlich in der Handschrift zu stehen. Allein d ō r ē (dare oportere) konnte doch sehr leicht irrig für deb̄e angesehen werden; und ipse ist ganz unsicher; was die Handschrift darbietet, kann ganz eben so gut ipsum gelesen werden.

Debet aber ist, wenn ich nicht irre, kein Formelwort, und wohl am wenigsten passend zur Bezeichnung des Inhalts einer literarum obligatio in der Intentio. Es kommt dazu, daß nach der bisher recipirten Lesart es den Anschein hat, als wenn in der Formel das Dasein der Gegenforderung so ohne weiters als feststehend angenommen worden wäre, was doch undenkbar ist. Man muß vielmehr erwarten, daß ebenso die Gegenforderung, als die Forderung in der Formel als Gegenstand des Beweises und der richterlichen Cognition behandelt wird, wie es bei meiner Lesart der Fall ist, welche das ipsum Titio dare oportere sprachlich von dem die ganze intentio beherrschenden paret abhängig machen würde.

Im §. 80 ist zwar die von Huschke vorgeschlagene und von Böcking bereits recipirte Restauration des Textes:

quod vero ad eas personas, quae in manu mancipiove sunt, *ita jus dicitur, ut cum* ex contractu earum ageretur, nisi ab eo, cujus juri subjectae sint, in solidum defendantur, bona quae earum futura forent, si ejus juri subjectae non essent, veneant

nicht nur sehr sinnreich, sondern auch den Zügen der Handschrift ziemlich entsprechend. Ich kann aber nicht umhin, auf ein, so viel ich weiß, noch nicht bemerktes Bedenken auf-

merksam zu machen, welches dieser, so wie allen bisher vorgeschlagenen Recensionen entgegensteht. Es würde nämlich nach denselben hier von den personae, quae in manu und von denjenigen, quae in mancipio sunt gleichmäßig etwas ausgesagt, was, wenn ich nicht irre, nur von den ersteren, unmöglich aber auch von den letzteren gelten kann. Dieses ist 1) daß sie contractus abschließen können, aus welchen der Gegner geradezu ohne in integrum restitutio Klagen erwirbt, und 2) daß es Güter gibt, die ihnen jetzt gehören würden, wenn sie nicht dem Gewaltrecht unterworfen worden wären, in welchem sie sich jetzt befinden.

Das Erstere widerspricht dem Satz, welchen Savigny (System Bd. 2. §. 67) zunächst aus Gajus III. §. 114 ableitet und den ich für ganz unzweifelhaft halte, daß den mancipati das commercium fehlt, und sie namentlich sich nicht civiliter verpflichten können. Zwar wollen Manche unsre Stelle auf Klagen aus Rechtsgeschäften beziehen, welche Personen in manu oder mancipio vor ihrer capitis diminutio abgeschlossen haben. Allein von den Klagen gegen Arrogatoren und Coemtionatoren aus solchen früheren Rechtsgeschäften der subjectae personae hat Gajus III §. 84 gesprochen; hier will er, wie die Verweisung am Anfang unseres Paragraphen zeigt, nur von den während der Dauer der manus und der mancipii causa entstandenen Verpflichtungen sprechen; denn in dem vorhergehenden Abschnitt, auf den zurückverwiesen wird, war auch bei den in potestate Stehenden nur von den Klagen die Rede gewesen, welche aus juristischen Handlungen derselben als filiifamilias oder servi entspringen.

Wollte man es aber auch für zulässig halten, daß in uneigentlichem Sinn von contractus Mancipirter und von Klagen daraus nicht gegen sie, sondern ihre Gewalthaber gesprochen würde, so bliebe doch noch das zweite Bedenken: was für bona sollten das sein, von welchen bei personae, quae in mancipio sunt, gesagt werden könnte: earum futura

forent, si alieno juri subjectae non essent? Es könnte dabei doch nicht blos an den seltenen Fall gedacht sein, daß etwa ein filiusfamilias mit seinem peculium mancipirt wurde; einen Fall, der wohl überhaupt kaum je vorkam; denn was sollte bei einer noxae deditio und vollends bei einer mancipatio dicis gratia bewogen haben, das peculium mit zu mancipiren? [2]) Daran, daß ein filiusfamilias sein etwaiges castrense peculium in eine dauernde mancipii causa brachte, — und von einer solchen muß doch hier vorzugsweise die Rede gewesen sein —, ist wohl auch kaum zu denken, und am allerwenigsten konnte darauf ein so allgemein ausgedrückter Satz gebaut werden. Abgesehen von diesen Möglichkeiten aber ist es absolut undenkbar, daß ein Mancipirter dem, welchem er mancipio gegeben wird, irgend welche Güter zubringt.

Man könnte vielleicht unter diesen Gütern solche verstehen, die sie nicht durch die Mancipation verloren haben, sondern die sie seit der Mancipation für sich selbst hätten erwerben können, wenn sie damals sui juris geworden wären. Allein der doch im Wesentlichen ganz gleiche Ausdruck: quae bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent hat in einer andern Stelle bei Gajus (III. §. 84) ohne Zweifel nur jene erstere, nicht diese zweite Bedeutung, wie sich namentlich aus L. 7 §. 2 D. de cap. min. (4, 5) ergibt, wo von dem analogen Fall der Klage gegen den nunmehrigen Herrn eines ehemaligen Freien gesagt wird: nisi (servus) in solidum defendatur, permittendum mihi est, in bona, quae habuit, mitti.

So scheint es mir nothwendig anzunehmen, daß in der Lücke, welche Huschke mit den Worten ita jus dicitur, ut cum ausfüllt, etwa gestanden habe:

de illis placuit, ut cum

---

[2]) Dem Emancipirten bleibt es schon dadurch, daß es ihm nicht entzogen wird, d. h. es geht nach der vollendeten Emancipation in sein Vermögen über. S. oben S. 256.

so daß man zu illis hinzuzudenken hat: quae in manu sunt. Dann bezieht sich alles bis zu veneant Gesagte nur auf diese Personen, auf welche es vollkommen paßt, und von den Mancipirten ist erst die Rede von den folgenden Worten an: sed cum rescissa capitis diminutione. Dies würde sehr gut zu der trefflichen Erklärung passen, die Savigny von L. 2 §. 2 D. de cap. min. gibt [3]), wo er bekanntlich die Worte: Sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio auf einen während der mancipii causa geschlossenen Vertrag bezieht, wodurch der Mancipirte civiliter nicht verpflichtet wurde, so daß der andere Contrahent einen Schaden erlitt, den er eigentlich sich selbst zuzuschreiben hatte, weil er sich um den gegenwärtigen Rechtszustand seines Schuldners erkundigen konnte, wobei aber doch zuweilen Restitution eintreten sollte, insofern einmal auch eine schuldlose Unwissenheit hierin vorkommen konnte.

Im §. 152 muß der letzte Satz, wie ich glaube, so lauten:

> nec tibi in hoc interdicto prodest, quod prior *mea* ejus anni possessio est.

Im §. 150 sagt Gajus, beim interdictum uti possidetis siege der, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat; beim interdictum utrubi der, welcher majore parte ejus anni relativ fehlerfreien Besitz gehabt habe. Auf diesen Gegensatz zwischen den beiden Interdikten kommt er hier im §. 152 zurück; woran ihm liegt, ist hervorzuheben, daß es beim interdictum utrubi auf den längeren Besitz im letzten Jahr, nicht, wie beim interdictum uti possidetis auf den gegenwärtigen Besitz ankomme. Davon würde er aber gerade das Gegentheil thun, wenn er sagen würde, wie jetzt unsre Ausgaben nach Huschkes Vorschlag geben: nec tibi in hoc interdicto prodest, quod prior tua ejus anni possessio est.

---

[3]) A. a. O. §. 70. Note 9.

Schon indem Gajus auch das interdictum utrubi ein interdictum retinendae possessionis nennt, muß er erwarten, daß der Leser es wahrscheinlicher finden werde, auch hier, wie beim interdictum uti possidetis siege der, welcher den jüngsten Besitz beweisen könne, gegen den, welcher nur nachweisen könne, vor ihm besessen zu haben. Es entspricht also ganz der richtigen Gedankenfolge, wenn er nach meiner überdies mit den sichtbaren Zügen der Handschrift besser übereinstimmenden Lesart sagt: „du darfst dir nicht einbilden, als ob es dir bei diesem Interdikt etwas helfe, daß mein Besitz im letzten Jahr der frühere, der dem deinigen vorangegangene, also auch vergangene, und mithin der deinige der gegenwärtige ist, sondern das allein Entscheidende ist die quantitas mensium possessionis."

Nun würde freilich dann auf den ersten Anblick Alles noch besser zusammen passen, wenn man im Vorhergehenden wie schon Göschen zu thun geneigt war, nach der Andeutung von Theophilus änderte: si tu verbi gratia anni mensibus possederis posterioribus V, et ego VII prioribus. Allein nöthig ist diese Aenderung nicht; sie stellt sich vielmehr bei genauerer Erwägung als verwerflich dar. Denn einmal wäre es schon eine ganz verkehrte Ordnung, daß Gajus zuerst von dem spräche, was in den letzten, und hernach von dem, was in den ersten Monaten des Jahres Statt gefunden habe. Sodann aber will er offenbar das interdictum utrubi doch vorzugsweise als reines, einfaches interdictum retinendae possessionis darstellen. Dem entspricht es, daß er ein Beispiel wählt, worin derjenige, welcher die größere Hälfte des letzten Jahres besessen hat, zugleich gegenwärtiger Besitzer ist, und nur nebenbei bemerkt: die eigentliche Ursache des Sieges sei freilich die größere Mondenzahl; der welcher nur fünf Monate besessen habe, würde eben so gut unterliegen, wenn sein Gegner in den ersten, statt, wie in jenem Beispiel, in den letzten sieben Monaten besessen hätte.

„Der Anfang des §. 166 erwartet noch seinen Wiederhersteller," sagt Huschke. Ich habe nicht den Muth, eine wörtliche Wiederherstellung dieser wichtigen Stelle zu versuchen, von welcher in der Handschrift nur so wenige unzusammenhängende Worte zu lesen waren. Aber Vermuthungen über den Inhalt und die Ordnung dessen, was Gajus hier sagte, können, scheint mir, mit ziemlicher Sicherheit aufgestellt werden.

Der Inhalt desselben im Ganzen ist sogar völlig unzweifelhaft. Bei den restitutorischen und erhibitorischen Interdikten ist eine doppelte Art der Einleitung des Rechtsstreits möglich: die eine besteht in der Eingehung von sponsiones praejudiciales, welche den Unterliegenden der Gefahr aussetzen, eine reine Strafe zahlen zu müssen; die andere in der Erbittung und Ertheilung einer arbitraria formula (§§. 162 bis 165). Bei den prohibitorischen Interdikten fällt die Wahl des Beklagten zwischen diesen beiden Möglichkeiten weg; die Sache kann hier nur cum periculo ad exitum perduci. Bei dem zu dieser Klasse von Interdikten gehörenden interdictum uti possidetis ist aber überdies noch etwas Anderes nöthig. Es muß sofort festgestellt werden, wer bis zur Fällung des Erkenntnisses über die Sponsions- und Restipulationsklagen das Grundstück inne haben, bestellen, in Pflege halten, und die Früchte davon beziehen soll. Einer von beiden Theilen muß auf so lange (tantisper) in den ruhigen, nicht ungestraft zu störenden Besitz des Grundstücks eingesetzt werden. Anspruch darauf hat jetzt Einer so viel und so wenig als der Andere. Eine sehr einfache, natürliche und alle Interessen befriedigende Art dieses nothwendige Geschäft der Reglung des provisorischen Besitzstandes zu erledigen ist die, demjenigen den einstweiligen ruhigen Besitz und Genuß einzuräumen, der sich anheischig macht, auf den Fall seines Unterliegens im Sponsionenprozesse die höchste Strafe dem Andern dafür zu entrichten, daß er darnach gestrebt hat, so lange einen fremden Besitz zu behaupten und sich die Möglichkeit

des Fruchtgenusses zu verschaffen. Man nimmt also gleichsam eine Versteigerung des (einstweiligen) Genusses (fructus licitatio) vor; wer den Andern dabei überbietet, d. h. die höhere Summe bietet, die er als Strafe zahlen wolle, quod alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi noncisci conatus est (§. 167), wird einstweilen in den ruhigen Besitz des Grundstücks gesetzt. Diese Summe ist Strafe, nicht Schadenersatz. Es kann keinem Theil zugemuthet werden, um diesen Preis allein dem andern den Besitz des Grundstücks zu überlassen. Er muß auch eine Zusicherung fordern können, daß ihm vom Gegner die von demselben inzwischen bezogenen Früchte restituirt werden, wenn es sich zeigt, daß er sie unrechtmäßiger Weise bezogen hat. Es muß also dem bei der fructus licitatio Unterliegenden auch eine fructuaria stipulatio gestattet sein, eine Aufforderung, unter jener Voraussetzung Herausgabe der Früchte zu versprechen, und es muß auch darauf der Meistbietende bei der fructus licitatio sich einlassen, um den interimistischen Besitz wirklich zu erlangen. Durch die fructus licitatio verkauft also der, welcher sich vom Andern überbieten läßt, diesem nicht die Früchte, wohl aber den fructus d. h. die facultas fruendi, die possessio um die licitationis summa.

Dieser Gedankengang ist es nach meiner Ueberzeugung, welchen der Anfang unseres §. 166 enthielt, und auf welchen die einzelnen wieder lesbar gewordenen Worte der Handschrift (deren letztes „vendit" ist, hindeuten).

Irre ich hierin nicht, so haben wir dadurch zugleich das Mittel zum richtigen Verständniß und vielleicht auch zur Restaurirung des §. 169 gewonnen. Derselbe lautete, wie ich vermuthe, vollständig so:

> Admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano sive secutorio judicio de possessione reciperanda experitur, ita *de fructibus propter* fructus licitation*em* agere: in quam rem pro-

prium judicium comparatum est, quod appellatur fructuarium; quo nomine actor judicatum solvi satis accipiat. dicitur autem et hoc judicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam: sed non aeque Cascellianum vocatur.

Der Unterliegende bei der fructus licitatio kann verlangen, daß der Sieger sich auf die fructuaria stipulatio einlasse. Aber er kann auch davon Umgang nehmen (omittere fructuariam stipulationem) und dennoch, wie er mit dem Cascellianum judicium um Wiedererlangung des Besitzes selbst rechten kann, ohne daß ihm die Rückgabe desselben im Stipulationswege versprochen ist, ganz ebenso auf die ihm unrechtmäßiger Weise entzogenen Früchte klagen — um der fructus licitatio willen. Nicht e fructus licitatione; denn dadurch hat er den Besitz für diese Zeit um die licitationis summa verkauft; nur diese Summe kann er e fructus licitatione einklagen. Aber propter fructus licitationem kann er Herausgabe der Früchte fordern, ohne eine Stipulationsklage zu haben; denn weil der Gegner nur die facultas fruendi gekauft und mit der Licitationssumme bezahlt hat, so hat derselbe die Früchte selbst jetzt sine causa oder vielmehr ex injusta causa, und es wird also dem, dessen jus possessionis jetzt feststeht, in Folge seiner sponsionis victoria billig ein eigenes fructuarium judicium zu diesem Zweck gegeben. Dies ist aber nicht ein judicium de fructuum pretio; denn, wie Gajus im §. 167 sagt: fructus, quos interea percepit, reddit; die Früchte selbst muß er herausgeben; ihr Werth kommt nur in Betracht, wie er eben überhaupt bei der condictio einer Sache in Betracht kommen kann.

Aus diesen Gründen glaube ich, daß nicht mit Lachmann de fructuum pretio e fructus licitatione, sondern unter gleich genauer Anschließung an die Züge der Handschrift de fructibus propter fructus licitationem zu lesen ist.

XI.

Erzeugung als Erwerbsgrund.

„Was durch Erzeugung entsteht, kommt in das Recht desjenigen, der es erzeugt hat, oder in dessen Recht sich die Person oder Sache befindet, von der es erzeugt ist."

Dieses freilich nirgends im geschriebenen Recht so ausgesprochene, aber sehr natürliche Rechtsprincip ist der gemeinschaftliche Ausgangspunkt für viele einzelne Sätze des Römischen Rechts, deren eben hierin liegender Zusammenhang unter einander mir noch nicht so, wie er es verdient, beachtet und gewürdigt zu sein scheint.

Erzeugung ist aber hiebei im weitesten Sinne zu nehmen, in welchem es wie die natürliche Erzeugung (menschliche Erzeugung d. h. Fortpflanzung des menschlichen Geschlechts und Naturproduktion), so auch die künstliche (Kunstproduktion) unter sich begreift.

Daß der Römische Hausvater die von ihm und von den in seiner potestas stehenden filiifamilias in rechtmäßiger Ehe erzeugten Kinder in seine potestas bekommt, daß der Eigenthümer eines Thiers die von demselben geworfenen Jungen, der Eigenthümer eines Grundstücks die aus demselben erzeugten Früchte durch die Separation zu eigen erwirbt, daß wer novam speciem facit suo nomine, Eigenthümer dieses Arbeits- und Kunsterzeugnisses wird: alle diese Sätze sind nichts weiter, als verschiedene Anwendungen eines und desselben Rechtsprincips.

Natürlich gibt es von dieser sehr allgemeinen Regel auch Ausnahmen, aber es können auch stets genügende Gründe für dieselben aufgefunden werden, die ihre Ausnahmsnatur darthun und sie eben dadurch nur als ebensoviele Bekräftigungen der Regel selbst erscheinen lassen. Manche Rechtssätze haben auch wohl nur den Schein von Ausnahmen und verlieren denselben bei genauerer Betrachtung. Indem wir uns aber anschicken, der Wirksamkeit des von uns aufgestellten Rechtsprincips, so wie den Gründen der Einschränkungen derselben im Römischen Recht im Einzelnen nachzugehen, müssen wir vor Allem noch den natürlichen Begriff der Erzeugung und das Wesen der an den einzelnen Arten derselben wahrzunehmenden Unterschiede schärfer ins Auge fassen.

Alle Erzeugung ist Hervorbringung eines neuen, noch nicht dagewesenen Gegenstandes, nur freilich immer aus einem gegebenen Stoff; denn darin eben liegt der Unterschied zwischen Erzeugung und Schöpfung. Diese Hervorbringung ist aber entweder eine freie, nur durch den eigenen Willen bestimmte Thätigkeit, oder eine unfreie, von Außen bestimmte. Es ist dies der Unterschied zunächst zwischen der männlichen und der weiblichen Zeugung; sodann aber auch wieder der Unterschied zwischen der Erzeugung des producirenden Arbeiters oder Künstlers und der Fruchterzeugung einer fruchttragenden Sache.

Im ersteren Sinn müssen wir nun Erzeugung nehmen, wenn sie Erwerbsgrund für Rechte an freien Personen oder für das Eigenthum an Kunstprodukten sein soll, im zweiten, wenn sie Grund sein soll für den Erwerb von Rechten an unfreien Personen oder Naturprodukten. Dort muß sie eine Thätigkeit des Erwerbers oder einer in seiner Gewalt stehenden Person als Person, hier muß sie Thätigkeit einer in seiner Gewalt befindlichen wirklichen Sache, oder wenn Thätigkeit einer Person, nothwendig Thätigkeit derselben als Sache (im juristischen Sinn) sein.

Ferner: Erzeugung kann entweder den Akt bedeuten, durch welchen das Neue seinen ersten Ursprung nimmt, wodurch der blose Keim dazu gelegt wird, oder den ganzen Prozeß, durch welchen das Neue zum vollen, eigenen Dasein gelangt. Die männliche Erzeugung ist mit jenem Akte abgeschlossen, die weibliche und alle eigentliche Sachenerzeugung kommt erst dadurch zum Abschluß, daß das Erzeugniß zu selbstständigem Dasein gelangt ist. Nur wo es sich um den Erwerb des Rechts an freien Personen handelt, ist die Erzeugung in jenem Sinne von Bedeutung; wo es sich um den Erwerb des Rechts an unfreien Personen und Sachen im eigentlichen Sinn handelt, durchaus nur die Erzeugung in diesem.

Hieraus ergibt sich: für den Erwerb des Rechts an freien Personen ist es allein entscheidend, in wessen patria potestas der Vater zur Zeit der Conception stand, während umgekehrt für den Erwerb des Rechts an unfreien Personen und Naturprodukten entscheidend ist, in wessen rechtlicher Herrschaft die Mutter oder die Sache, aus welcher das Naturprodukt erzeugt wird, sich befindet, und zwar zur Zeit der Separation, nicht in wessen Eigenthum der Vater, das befruchtende Thier oder der befruchtende Saame zur Zeit der Conception oder des Aussäens gewesen ist.

Das Kind, welches eine filiafamilias geboren hat, kommt selbst dann, wenn es außer einem legitimum matrimonium erzeugt ist, und also nicht in die potestas seines Vaters kommt, ebensowenig in die seines väterlichen Großvaters. Aber auch das Kind, welches ein mancipatus in der mancipii causa ex justis nuptiis erzeugt, kommt weder in die potestas, noch in das mancipium desjenigen, in dessen mancipium er selbst sich befindet [1]); denn gerade insofern er in diesem Verhältniß steht, ist er nicht sowohl Person, als Sache: „servi loco;" die von der mancipata in der mancipii causa

[1]) Gaj. I. §. 135. S. oben S. 251 f.

geborenen Kinder konnten gewiß in das mancipium ihres Gewalthabers kommen, keineswegs aber kann er durch die väterliche Erzeugung des mancipatus ein Recht erwerben; denn diese Erzeugung ist für ihn von keiner andern rechtlichen Bedeutung, als der Umstand, daß sein Sklave mit einer Freien oder einer fremden Sklavin ein Kind erzeugt.

Die Regel für den Rechtserwerb an unfreien Personen und Naturprodukten gibt sich kund in folgenden Sätzen:

1. Servi — nascuntur ex ancillis nostris. §. 4 I. de jure pers. (1, 3).
2. — scribit, si equam meam equus tuus praegnantem fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est. L. 5 §. 2 D. de R. V· (6, 1).
3. In percipiendis fructibus magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur. L. 25 §. 1 D. de usuris et fruct. (22, 1).

Bei der Kunstproduktion (im weitesten Sinn des Worts) erscheint es dem, welcher sie rein äußerlich auffaßt, als das durchaus Natürliche, das Eigenthum am Stoff als Eigenthum an dem daraus erzeugten Produkt unverändert fortdauern zu lassen; und in der That war dies die Ansicht von Sabinus und Cassius, wie von ihnen Gajus in L. 7 §. 7 D. de A. R. D. (41, 1) sagt: naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, während Nerva und Proculus glaubten: cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, hunc dominum esse, qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. D. h. diese Juristen nahmen wahr, daß es sich wenigstens in vielen Fällen solcher Sachenbereitung nicht um blose Veränderung eines Stoffs, sondern um Hervorbringung eines neuen, noch nicht dagewesenen, also auch noch in Niemands Eigenthum gewesenen Gegenstands, mit einem Wort, daß es sich dabei um eine Erzeugung

handle. Sie fehlten nur darin, daß sie alle Sachbereitung so ansahen, ohne zwischen den Fällen zu unterscheiden, wo sie wirkliche Erzeugung und wo sie doch blos Veränderung ist. Das Charakteristische der wahren Erzeugung besteht darin, daß der Stoff, welcher ihr zur Grundlage dient, sein Wesen verwandelt, und ein wahrhaft Neues daraus wird. Als ein äußeres Kennzeichen dafür, das wenn auch vielleicht nicht überall wahrhaft entscheidend, doch um so bequemer und gewiß auch regelmäßig wenigstens zutreffend ist, läßt sich der Umstand ansehen, daß der durch die erzeugende Thätigkeit des Arbeiters oder Künstlers hervorgebrachte Gegenstand nicht wieder in den Zustand zurückgebracht werden kann, in dem er sich als Stoff vor seiner Verarbeitung zu der nova species befunden hat. Hierauf beruht die (wenigstens im Hinblick auf das juristische Bedürfniß) kaum zu bestreitende Richtigkeit[2]) jener media sententia existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt; si non possit reverti, verius esse quod Nervae et Proculo placuit. Nur darf diesem Kennzeichen nicht eine so selbstständige Bedeutung beigelegt werden, daß seine Erscheinung für sich allein als entscheidend betrachtet wird, auch wo eine Thätigkeit schon darum gar nicht als Erzeugung angesehen werden darf, weil sie überhaupt gar nicht etwas Neues hervorbringt, sondern einen vorhandenen Gegenstand nur seiner äußeren, nicht zu seinem Wesen gehörigen Hülle entkleidet. Videntur recte mihi quidam dixisse, sagt Gajus am Schlusse unseres Paragraphen, non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus et spicae fuerunt; quum enim granae, quae

[2]) Sie möchte da zu bestreiten sein, wo die Kunsterzeugung sich dem Begriffe der Schöpfung nähert, indem die Bedeutung der geistigen Thätigkeit des Erzeugers eine so überwiegende ist der Bedeutung des Stoffs gegenüber, daß dieser ganz zurücktritt und also vom Recht ignorirt werden sollte.

spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

Es ist entschiedenes Mißverständniß der Proculejanischen und der nachher zur Herrschaft gelangten Mittelmeinung über den Eigenthumserwerb durch Verfertigung neuer Sachen, wenn man meint, sie gründe denselben vorzugsweise auf den Untergang des Stoffs und somit auch des Eigenthums daran, indem hiernach die neue species als res nullius erscheine, und somit eine Art von Occupation derselben durch den Verfertiger rechtlich möglich werde. Hierauf legten die Vertheidiger jener Ansichten nur insofern Gewicht, als es darauf ankam, das Bedenken zu heben, welches sich auf das dem Eigenthumserwerb durch diese Art von Erzeugung scheinbar entgegenstehende Recht des Stoffeigenthümers stützte. Als der eigentliche, positive Grund jenes Eigenthumserwerbs galt ihnen die erzeugende Thätigkeit desjenigen, der aus dem durchaus oder doch zum Theil fremden Stoffe ein neues Ding hervorbringt. Dies tritt namentlich klar hervor in der Bemerkung, welche wir am Schluß des §. 25 I. de R. D. finden, wo von dem Falle, daß der Verfertiger Eigenthümer eines Theils des Stoffes ist, gesagt wird: dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, quum n o n s o l u m o p e r a m suam dedit, sed et partem ejus materiae praestavit. Der eigentliche Erwerbsgrund ist die opera des Verfertigers; daß er einen Theil des Stoffs dazu gegeben hat, ist, wo es geschehen ist, nur ein unterstützender Grund, ein Nebenargument.

Wenn der Eigenthumserwerb durch Specification wirklich geradezu auf der Herrenlosigkeit der nova species beruhte, so wäre es allerdings nicht zu rechtfertigen, daß auf die bona oder mala fides des Verfertigers beim Verbrauch fremden Stoffs zu seinem Produkt Gewicht gelegt würde. Sieht man aber ein, wie jener Eigenthumserwerb vielmehr darin seinen eigentlichen Grund hat, daß die Verfertigung

Erzeugung und zwar als eine freie Thätigkeit ist, so erscheint es als sehr natürlich, hier ebensosehr den Rechtserwerb von der wenigstens subjektiven Rechtlichkeit dieser Thätigkeit abhängig sein zu lassen, wie zu dem Erwerb des Rechts an freien Personen sogar volle objektive Rechtmäßigkeit der Erzeugung: procreatio ex justis nuptiis erforderlich ist. Man hat es hauptsächlich aus Verkennung der wahren Natur des Eigenthumserwerbs durch Specification bestritten, daß dazu bona fides des s. g. Specificanten nothwendig sei, obwohl es sehr deutlich in L. 12 §. 3 ad exhib. (10, 4) gesagt wird:

> Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret, haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.

Man stößt sich indessen an folgender Stelle, L. 29 §. 1 de don. inter V. et U. (25, 1):

> Si vir uxori lanam donavit, et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait.

Allein das ist ein jus singulare, welches gerade wieder die Richtigkeit unserer Ansicht, daß die Specification als Erzeugung aufzufassen sei, bestätigt, wie sich aus L. 45 de usuris et fr. (22, 1) ergibt:

> Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex silva ceciderit, non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur.

Denn hiernach lautet jener anomale Rechtssatz in seinem vollen Umfange so: was der beschenkte Ehegatte aus der geschenkten Sache durch seine Thätigkeit erzeugt, es sei auf dem Wege der Kunst- oder Naturproduktion, das erwirbt er zu eigen, obwohl er das Bewußtsein hat, daß die

erzeugende Sache oder der Stoff sein Eigenthum nicht sei, streng genommen also freilich nicht bonae fidei possessor ist, wenn er auch ebensowenig als malae fidei possessor im vollen Sinne des Worts bezeichnet werden kann.

Für den eigentlichen Fruchterwerb würde sich aus der reinen Anwendung unseres Princips nur folgender Satz ergeben können: das Eigenthum der Früchte erwirbt derjenige, in dessen Eigenthum sich die Sache, aus welcher die Frucht erzeugt ist, im Augenblicke der Separation befindet, und zwar durch die Separation selbst, ohne daß irgend eine Thätigkeit von seiner Seite dazu erforderlich sein kann. Jeder Andere, als der Eigenthümer der fruchttragenden Sache müßte eigentlich das Eigenthum der Früchte nur durch Perception d. h. Besitzergreifung und zwar derivativo modo d. h. als ein vom Eigenthümer der erzeugenden Sache auf ihn übergehendes erwerben.

Dennoch finden wir in den Quellen des Römischen Rechts, wenn wir ihnen nur eine unbefangene Betrachtung zuwenden, deutlich ausgesprochen, daß die, welche fremde Sachen bona fide juristisch besitzen, oder das emphyteuticarische Recht daran haben, das Eigenthum ihrer Früchte durch die blose Separation anstatt der Eigenthümer, nicht von denselben erwerben.

Um diese wahren Ausnahmen von unserer Regel und ihre Gründe wahrhaft zu begreifen, ist es vor Allem erforderlich, die Bedeutung der Separation richtig zu würdigen. Wir müssen uns zu dem Ende wieder daran erinnern, was Erzeugung als Grund des Rechtserwerbs im Gebiete des Sachenrechts überhaupt bedeutet.

Erzeugung bedeutet hier aber in der That, wie wir oben (S. 282) bemerkten, nicht die keimlegende Thätigkeit, wodurch das Erzeugniß seinen ersten Ursprung gewinnt, sondern den ganzen Prozeß, wodurch es zum vollen eigenen Dasein gelangt. Dies geschieht noch nicht durch das blose Reifwerden des Erzeugnisses, sondern erst durch dessen völlige

Lostrennung von der erzeugenden Sache, wodurch es aufhört, bloses Stück derselben zu sein und zu einem eigenen, neuen Ganzen wird, das der erzeugenden Sache als besondere, selbstständige Sache gegenübertritt. Wie beim Kinde seine Erzeugung durch die Mutter zur Vollendung erst durch die Geburt des Kindes kommt, diese aber nicht darin besteht, daß das Kind reif geworden, sondern daß es gänzlich von der Mutter getrennt ist, ebenso wird nicht nur die Erzeugung von Thierjungen erst dadurch, daß sie vom Mutterthiere geworfen werden, sondern auch die Erzeugung von Bodenfrüchten aus dem Grundstück wird erst dadurch, daß sie geschnitten werden, die Erzeugung von Baumfrüchten aus dem Baum erst dadurch, daß sie abfallen oder abgepflückt werden, die Erzeugung von Wolle aus dem Schaaf erst dadurch, daß sie abgeschoren wird, zur vollendeten Erzeugung. Nicht darin besteht das Wesen der Separation von Früchten, daß sie dadurch zu abgelösten Stücken der erzeugenden Sache werden, die dennoch fortwährend nur als Stücke derselben anzusehen wären, sondern, daß dadurch ihre Erzeugung aus derselben, die Entstehung einer neuen Sache aus einer andern ihren Abschluß erhält. Savigny behauptet (und die Meisten sind ihm darin gefolgt), es habe mit der Absonderung der Frucht „genau dieselbe Bewandniß, wie „mit der reellen Theilung jedes andern Ganzen (z. B. der „Zerlegung eines Thiers, oder dem Abbrechen eines Hau„ses)" und sie sei daher, wie diese „für das Eigenthum „völlig gleichgültig." [3]) Hierin liegt der Grundirrthum seiner Theorie über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor, die zwar auch von andern Gesichtspunkten aus widerlegt werden kann, aber nur von diesem aus so, daß man zugleich die wahre Basis für die ihr entgegenzustellende richtige Theorie gewinnt.

---

[3]) Recht des Besitzes (VI. Aufl.) §. 22a S. 313.

Sobald die Frucht in der Sache zu entstehen anfängt, aus welcher sie erzeugt wird, ist damit das Dasein einer ganz neuen, bisher noch nicht existirenden Sache vorbereitet, ohne aber eigentlich schon begonnen zn haben. Was einstweilen d. h. bis zur Absonderung zum wirklichen Dasein gekommen ist, das ist nur ein Ding, welches bloses Stück der erzeugenden Sache (portio viscerum, res soli u. s. f.) ist. Im Augenblick der Absonderung geht eben dieses Stück der erzeugenden Sache in die nun erst zum eigentlichen Dasein kommende neue Sache, deren Dasein bisher blos vorbereitet war, über, und eben dadurch gewissermaßen unter, auf ganz ähnliche Weise, wie bei der wahren Specification der verbrauchte, nicht wieder in seiner ursprünglichen Gestalt herstellbare Stoff in die nova species über- und darin untergeht. Wie von der nova species gesagt werden kann, sie sei an sich res nullius, trotzdem, daß sie einen Stoff in sich enthält, der bis zu diesem Augenblick Gegenstand des Eigenthums eines Dritten war, eben so kann man von der separirten Frucht sagen, sie sei an sich res nullius, obwohl sie rein materiell betrachtet eins und dasselbe ist mit der hängenden oder stehenden Frucht, und diese im Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache war. Foetus und partus, fructus pendens oder stans und fructus separatus, die Wolle vor und nach der Schur sind Dinge von wesentlich verschiedener Beschaffenheit, während der Balken vor und nach seiner Herausnahme aus dem Hause von ganz gleicher Beschaffenheit ist. Am Balken verändert sich durch seine Herausnahme nichts, als daß er aus dem blosen Bestandtheil eines Gebäudes eine selbstständige Sache geworden ist; bei der abgesonderten Frucht kommt zu dieser Veränderung hinzu, daß sich mehr oder weniger ihr inneres Wesen verändert hat. Und so kann zwar nicht bei jenem, wohl aber bei dieser eine juristische Behandlungsweise eintreten, wobei ihre materielle Identität mit dem Ding, als welches sie bisher bestand, ignorirt wird.

Daß dies nun in der That im Römischen Recht die regelmäßige juristische Auffassung der Separation ist, ergibt sich aus dem Satze[4]), daß die separirten Erzeugnisse einer res furtiva nicht wieder res furtivae sind: nur die, welche beim Dieb selbst separirt, — Sklavenkinder oder Thierjunge schon, wenn sie bei ihm concipirt — sind, gelten wieder als res furtivae. L. 4 §. 19 L. 10 §. 2 L. 33 pr. de usurp. L. 48 §. 5 de furtis. Besonders bemerkenswerth ist die Art, wie L. 10 §. 2 cit. sich hierüber ausspricht:

> Scaevola libro XI quaestionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit, vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum juvencum non posse; sic inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit, se putare, usucapere posse et partum; nec enim esse partum rei furtivae partem[5]). Ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emtorem peperisset, usucapi poterat.

Ulpian macht hier selbst ausdrücklich den Schluß: wäre die separirte Leibesfrucht bloses Stück der Mutter, wie sie es vor der Geburt war, so müßte sie unter allen Umständen res furtiva sein, wenn die Mutter eine gestohlene Sklavin ist. Nur umgekehrt will er nicht geschlossen haben: weil sie nicht ein bloses Stück der Mutter ist, darf sie unter keinerlei Umständen als res furtiva gelten. Nun wird das freilich von Niemand geläugnet werden, daß der partus ancillae nach der Geburt noch etwas Anderes ist, als blose vormalige pars ancillae. Gilt es aber von der abgeschornen Wolle des gestohlenen Schaafs ebenso, wie vom partus ancillae furtivae, daß sie, beim bonae fidei emtor abgeschoren, nicht res furtiva ist, so muß es auch von ihr anerkannt werden, daß sie nicht ein bloses abgetrenntes Stück des

[4]) Vergl. Vangerow Pandekten §. 326. Anm. 1.
[5]) Vergl. L. 26 D. de V. S. (50, 16).

Schaafs, eine vormalige pars ovis ist, sondern eine neue Sache. Daß das Rad eines gestohlenen Wagens, auch wenn es vom Wagen losgemacht ist, stets res furtiva bleibe, wird Niemand bezweifeln, und doch ist auch dieses jetzt ein Ganzes für sich; diese Veränderung allein also kann nicht hinreichen, dem vormaligen Theil einer res furtiva die Eigenschaft, res furtiva zu sein, zu benehmen. Daß er, wenn sein Selbständigwerden bei einem bonae fidei possessor des Ganzen erfolgt, aufhört, als res furtiva behandelt zu werden, setzt voraus, daß dieses Selbstständigwerden als Umwandlung, daß es gewissermaßen als Entstehung einer neuen Sache betrachtet werden kann.

Hieraus ergibt sich nun: wenn die Absonderung des Erzeugnisses von der erzeugenden Sache eintritt, so kann von bloser Fortdauer des Eigenthums, welches der Eigenthümer der erzeugenden Sache an dem Erzeugnisse als blosem Stück derselben hatte, ebensowenig die Rede sein, als von bloser Fortdauer des Stoffeigenthums, wenn der Stoff zu einer nova species so verarbeitet worden ist, ut species in materiam reduci non possit. Die Frage: bleibt der Eigenthümer der erzeugenden Sache Eigenthümer der erzeugten nach ihrer Absonderung? ist eine unrichtig gefaßte. Man muß fragen: wird er Eigenthümer des separirten Erzeugnisses? Und während jene erstere Frage die unbedingte Bejahung mit Nothwendigkeit in sich zu tragen scheint, ist es bei dieser sofort klar, daß sie unter gewissen Voraussetzungen gar wohl kann verneint werden müssen.

Regelmäßig wird nun freilich das Eigenthum der erzeugenden Sache naturali ratione auch das von ihr abgesonderte Erzeugniß, selbst wenn es als eine neue Sache gilt, ergreifen. Aber gleichwie es zwar die Regel ist, daß was ein Sklave erwirbt, sein Eigenthümer durch ihn erwirbt, dennoch aber diese natürliche Regel eben so natürliche und wichtige Ausnahmen hat, ganz in derselben Weise werden auch

Ausnahmen von jener Regel sich bei genauerer Erwägung als ganz natürlich und gerechtfertigt darstellen.

Die Vergleichung des Erwerbs durch Sklaven und durch eigentliche Sachen d. h. durch Sachen, welche nicht blos rechtlich, sondern schon natürlich vollkommen unfreie Wesen sind, ist ebenso anziehend als fruchtbar.

Der Eigenthümer eines Sklaven, er mag pleno jure dominus desselben sein, oder ihn nur in bonis haben, erwirbt durch denselben aus allen denkbaren Gründen; der bonae fidei possessor oder Usufructuar eines fremden Sklaven erwirbt durch denselben aus zwei Gründen, ex re sua und ex operis servi, der Usuar nur ex re sua; aber wo diese Nichteigenthümer durch den fremden Sklaven aus diesen Gründen erwerben, wird eben dadurch der Eigenthümer von diesem Erwerb ausgeschlossen; er geht nicht etwa durch den Eigenthümer hindurch; der Nichteigenthümer erwirbt dann statt des Eigenthümers, nicht vom Eigenthümer. Alles Andere, was der Sklave aus sonstigen Gründen erwirbt, erwirbt er, auch wenn er in einem der genannten Verhältnisse sich befindet, stets — nach der allgemeinen Regel — nur seinem Eigenthümer. Namentlich also gilt dies von dem, was er durch Liberalitäten erwirbt.

Ebenso erwirbt der Eigenthümer einer eigentlichen Sache durch dieselbe aus allen den Gründen, aus welchen überhaupt ein Erwerb durch Sachen erfolgen kann, wohin eben die Fruchterzeugung, die verschiedenen Arten von Accessionen und Schätze gehören, insofern sie dem Eigenthümer als solchem zufallen. Aus diesen letztern Gründen erwirbt er ganz unbedingt; zum Fruchterwerb aber ist an seiner Statt der bonae fidei possessor und der Usufructuar berechtigt, wenn seine Sache von einem Andern bona fide besessen wird, oder ein Anderer den Nießbrauch derselben hat. [6])

---

[6]) Belege für diese allbekannten Rechtssätze anzuführen, ist nicht nöthig.

Es ergibt sich hieraus eine in die Augen fallende Parallele zwischen dem Fruchterwerb und dem Erwerb ex operis servi. Die Nichteigenthümer, welche ex operis servi erwerben, erwerben auch die Früchte, und diejenigen, welche wie der Usuar die Früchte nicht erwerben, erwerben auch nicht ex operis servi. Es findet sich dabei nur die einzige Ungleichheit, daß der Usufructuar ex operis servi mit Ausschließung des Proprietars, Früchte aber durch Perception vom Proprietar erwirbt. Was dieser Unterschied bedeute, darauf werden wir nachher zurückkommen. Die Frage, die wir sofort beantworten müssen, ist die: läßt sich diese in der Hauptsache gleiche Behandlung des Fruchterwerbs und des Erwerbs ex operis servi auf eine innere Verwandtschaft beider Erwerbsarten zurückführen?

Wenn der Sklave durch seine operae etwas erworben hat, so heißt das nichts Anderes, als er hat von seinen (leiblichen oder geistigen) Arbeitskräften mit Erfolg Gebrauch gemacht, um Geld, Sachen oder andere Güter zu gewinnen. Beim Erwerb ex re dominii, usuarii u. s. f. dient er diesem nur als Werkzeug für juristische Handlungen; er arbeitet da nicht. Bei allem sonstigen Erwerb ist er entweder auch nur auf diese nicht arbeitende Art thätig, oder gar nicht, er verhält sich dabei blos leidend. Durch Sachen im eigentlichen Sinn kann ein mit dem Sklavenerwerb ex re domini irgend zu vergleichender Erwerb gar nicht vorkommen; bei dem Erwerb, welcher durch Accessionen oder das Finden von Schätzen eintritt, verhält sich die Sache auch blos leidend; aber beim Fruchterwerb ist sie in der That in ähnlicher Weise thätig, wie der arbeitende Sklave. In der Hervorbringung von Früchten zeigt sich eine Lebensthätigkeit des Bodens, eine Regung der in ihm liegenden Kräfte, die der schlichtesten, unpoetischsten Einbildungskraft als eine Art von Arbeit erscheinen wird.

Der Fruchterwerb kann also in der That ohne alle Künstelei Erwerb durch Arbeitsthätigkeit der fruchttragenden

Sache genannt und es kann im Gebiete des Rechts der Fruchterwerb und Erwerb ex operis servi ganz gleich behandelt werden.

Auch ist dies wirklich Römische Rechtsanschauung, wie L. 25 §. 1. 2 D. de usuris et fruct. (22, 1) beweist, wo die Frage aufgeworfen wird, ob der bonae fidei emtor eines Grundstücks, welcher Früchte desselben, die ein Dritter gesät habe, einernte, diese dadurch zu seinem Eigenthum mache?

> Respondi, sagt Julian, quod ad fructus, propius ea accedere, quae servi operis suis acquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur; et ideo nemo unquam dubitavit, quin si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est.

Der Jurist entscheidet die Frage so, daß er zuerst den Satz begründet: wenn der Bodeneigenthümer ernte was ein Anderer gesät habe, werde Jener Eigenthümer der Ernte, dann aber hieraus schließt, es werde auch der bonae fidei possessor des Grundstücks Eigenthümer der von ihm nur geernteten, von einem Fremden gesäten Früchte, weil der bonae fidei possessor in Beziehung auf den Fruchterwerb ganz die Rechte des Eigenthümers habe.

Jenen Satz aber begründet er dadurch, daß der Fruchterwerb dem Erwerb aus Sklavenarbeit zu vergleichen sei, indem ja beim Fruchtbezug nicht auf das Recht am Samen, aus dem die Früchte ihren Ursprung nehmen, sondern auf das Recht der Sache, aus welcher sie hervorwachsen, gesehen werde.

Was er damit andeuten will, ist offenbar Folgendes. Wenn dem, welcher gesät hat, die Frucht zufallen sollte, so müßte das den Eigenthumserwerb der Frucht Bestimmende

das Recht am Samen sein, aus welchem die Früchte hervorkeimten. Nun ist aber das Bestimmende das Recht am Boden, aus welchem sie emporwuchsen. Die Beziehung des Bodens zu den Früchten besteht darin, daß die dem Boden inwohnenden Kräfte durch ihre lebendige Thätigkeit aus dem Samen, der sonst todt geblieben wäre, die Frucht erzeugt, genährt und zur Reife gebracht haben. Es ist also eine Art von Arbeit des Bodens, worauf hier das Hauptgewicht zu legen ist, und deshalb müssen über den Fruchterwerb und über den Erwerb aus Sklavenarbeit die gleichen Regeln gelten.

So stimmt diese Aeußerung Julians, wenn wir sie nur ganz genau, jedoch ohne alle Künstelei auslegen, vollkommen mit unserer obigen Ausführung überein.

Zwar ist noch der Zweifel möglich, ob nicht Julian umgekehrt den Erwerb aus Sklavenarbeit vielmehr aus dem Fruchterwerb ableiten wollte, als diesen aus jenem; allein diesen Zweifel scheint mir §. 2 unsrer Stelle zu entkräften, in welchem Julian geradezu von dem, was über den Erwerb des bonae fidei emtor ex operis servi (und ex re emtoris) gilt, auf das schließt, was von seinem Fruchterwerb gelten müsse.

Doch will ich nicht rechten mit dem, der etwa behauptet, beiderlei Erwerb werde einander nur gleich gestellt und man könne Julians Meinung eben so wohl so ausdrücken, der Fruchterwerb sei gleichsam ein Erwerb ex operis fundi als der Erwerb ex operis servi sei gleichsam ein Fruchtbezug vom Sklaven.

Doch kommt es mir als das Wahrscheinlichere vor, daß die Regeln über den Erwerb ex operis servi sich zuerst festgestellt haben, und daß sie dann auf den Fruchterwerb übertragen worden sind, obwohl ich zugebe, daß dann auch wieder eine Rückwirkung des Rechts der Fruchtbeziehung auf den Erwerb aus Sklavenarbeit Statt gefunden haben kann.

Die Regeln über diesen aber scheinen mir ganz einfach von der Erwägung ausgegangen zu sein, daß es recht und billig ist, den Arbeitsverdienst eines wirklichen oder vermeintlichen Sklaven dem ausschließlich zuzusprechen, der demselben in der Ueberzeugung, er sei sein Sklave, den Lebensunterhalt gewährt, namentlich die Nahrung, wodurch dessen Arbeitskraft erhalten und gestärkt werden muß. Zwischen sonstigem Erwerb des Sklaven und seiner Unterhaltung findet dieser Zusammenhang nicht Statt; darum soll er nach der allgemeinen Regel dem Eigenthümer oder ihm selbst, wenn er gar nicht Sklave ist, zufallen, auch wenn ein Anderer, der sich für den Herrn des Sklaven hält, ihm Nahrung und Kleidung gibt. Den partus ancillae dem bonae fidei possessor zuzusprechen, davon mußte schon die Erwägung abhalten, daß ja doch jedenfalls das Kind einer blos vermeintlichen Sklavin als freie Person anerkannt werden mußte, während andrerseits die Annahme, was der Sklave ex re bonae fidei possessoris erwerbe, gehöre seinem Eigenthümer, diesem einen ganz grundlosen Gewinn verschafft haben würde.

Warum sollte man nun aber nicht ebenso bei Thieren und andern fruchtbringenden Sachen die durch eine Thätigkeit ihrer Kräfte erzeugten Sachen, mit deren Absonderung demjenigen zufallen lassen, der gegenwärtig als ihr vermeintlicher Herr ihnen die nöthige Nahrung und Pflege gewährt, wodurch sie in den Stand gesetzt werden, jene Erzeugnisse hervorzubringen? Puchta nennt es einen „vagen, halben, nicht erschöpfenden Billigkeitsgrund", [7]) daß die Institutionen (§. 35 I. de R. D.) sagen: Si quis a non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qua justa causa aeque bona fide acceperit; naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Mir scheint damit der Ausgangspunkt für den Rechtssatz: bonae fidei possessor in perci-

[7]) Institutionen §. 242 a. E.

piendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est, vollkommen der Wahrheit gemäß angegeben zu werden. Man darf ja doch die Richtigkeit des Entstehungsgrundes einer Rechtsregel nicht darnach beurtheilen, ob sich dadurch auch die einzelnen Anwendungen derselben in allen vorkommenden Fällen gleich befriedigend rechtfertigen lassen; es ist genug, wenn er auf die regelmäßigen und gewöhnlichen Fälle vollkommen paßt, und dies ist gewiß hier der Fall.

Freilich könnte man fragen: warum hat denn der Usufructuar eines Grundstücks nicht das gleiche Fruchtbezugsrecht, wie der bonae fidei possessor, warum erwirbt er die Früchte nicht auch, wie dieser, durch die blose Separation, da er doch auch dem Grundstück dieselbe cultura et cura angedeihen läßt, und der Erwerb des Usufructuars eines Sklaven durch diesen ganz dem des bonae fidei possessor gleichsteht?

Der Usufructuar hat die Pflicht, dem Sklaven Nahrung und Kleidung, dem Acker Pflege zu gewähren, weil er das Recht hat, jenen für sich oder für Andere, auch um Geld, arbeiten zu lassen, und die Früchte des Ackers zu ernten. Das Verhältniß ist hier gerade das umgekehrte, wie beim bonae fidei possessor. Die Früchte gehören ihm nicht an sich, sondern er hat nur die Befugniß, dieselben sich zuzueignen. Ließe sich bei dem Erwerb ex operis servi ein Unterschied machen, der dem zwischen Separation und Perception der Früchte analog wäre, so würde er gewiß eben sowohl gemacht worden sein.

Als bonae fidei possessor erwirbt der, welcher eine fruchtbringende Sache unterhält und in Pflege hält, ihre Früchte durch Separation, nicht als Usucapient; dennoch aber halte ich es für die richtigere und von Justinian gebilligte Ansicht, daß dem bonae fidei emtor auch dann noch dieses Recht bleibt, wenn er erfährt, daß er nicht der Eigenthümer sei, bis ihm die Sache evincirt ist; denn er bleibt ja bis dahin zu der Erwartung berechtigt, durch Vollendung der

Usucapion Eigenthümer zu werden; er ist, streng genommen, deshalb noch gar nicht in mala fide, wenn er abwartet, ob die Sache von ihm evincirt und ob er nicht vielleicht dann von seinem auctor so vertheidigt werde, daß ihm die Sache bleibt.

In L. 25 §. 2 D. de usuris et fruct., der Hauptstelle über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor wird dieser Satz mit der größten Entschiedenheit ausgesprochen, während in L. 48 §. 1 D. de A. R. D. eigentlich nur ein Zweifel dagegen erhoben wird.[8]) Ich stimme vollkommen der Glosse bei, wenn sie über den Widerspruch zwischen diesen beiden Stellen zu L. 25 cit. sagt: possumus dicere, quod quaestio quae ibi (d. h. in L. 48 cit.) fit, determinatur hic. Doch werden wir allerdings für die heutige Anwendung, nachdem wir die strengen Ansichten des canonischen Rechts über die Bedeutung der conscientia alienae rei in unser Rechtsbewußtsein aufgenommen haben, folgerichtig an L. 48 §. 1 cit. uns halten müssen.

Wie der bonae fidei possessor erwirbt aber auch der Besitzer eines ager vectigalis, der Emphyteuta des spätern Rechts, die Früchte durch blose Separation,[9]) während doch auch bei ihm, wie beim Usufructuar cultura et cura nur eine Pflicht und Folge seines Fruchtbezugsrechts zu sein scheint. Allein wenn wir das Eigenthum des Grundherrn dem jus emphyteuticarium gegenüber auch nicht ganz dem nudum jus Quiritium an einer Sache, die ein Anderer in bonis hat, vergleichen können, so ist es doch immer ein noch

---

[8]) In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius, verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat; hoc enim ad jus, i. e. capionem, illud ad factum pertinere.

[9]) L. 25 §. 1 D. de usuris: ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simulatque solo separati sunt.

mehr zurücktretendes Recht, als die nuda proprietas, welche dem Eigenthümer der res usufructuaria bleibt, und es ist daher sein Fruchtbezugsrecht als ein den Grundherrn ausschließendes vollkommen begreiflich, ohne daß es aus seiner wenigstens sehr problematischen corporis possessio erklärt zu werden braucht; eine Erklärung, die uns ohnehin im Stich läßt, wenn die Separation durch einen Dritten in eigenem Namen bewirkt wird. [10])

Bei allen andern Nichteigenthümern, welche ein Fruchtbezugsrecht haben, kommt die Regel rein zur Anwendung: sie erwerben die Früchte nur durch Perception, so daß ihr Eigenthum von dem durch die Separation zunächst Eigenthümer derselben gewordenen Eigenthümer der Hauptsache auf sie übergeht. Nur ist hier wieder folgender Unterschied zu machen. Haben sie das Fruchtbezugsrecht als ein dingliches, so erwerben sie die Früchte durch Perception kraft dieses Rechts, unabhängig vom Willen des Eigenthümers der Hauptsache. Außerdem dagegen können sie dieselben nur durch eine Art von Tradition, voluntate domini erwerben.

Der Unterschied, den man jetzt gewöhnlich macht, es komme vor Allem darauf an, ob der zum Fruchtbezug Berechtigte juristischer Besitzer der Hauptsache sei oder nicht; im erstern Fall schlößen sie, indem sie die Früchte durch Separation erwärben, den Erwerb des Eigenthümers aus, im letztern gründe sich ihre Erwerbung auf Gestattung des Eigenthümers [11]), ist falsch, wie Arndts a. a. O. S. 387 ff. vortrefflich nachgewiesen hat. Ebenso kann ich mich hinsichtlich der Begründung des Unterschieds, den ich so eben als den richtigen bezeichnet habe, ganz auf diese Ausführung von Arndts beziehen. Ich füge nur bei, daß jener falsche Unterschied wieder mit der Verkennung des wahren Wesens der

---

[10]) Vergl. Arndts Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß N. F. III. S. 392.

[11]) Vergl. Puchta Pandekten §. 150 und 166 a. A.

Separation zusammenhängt, wornach die separirte Frucht als identisch mit dem in sie übergegangene Stück der Hauptsache angesehen wird, so daß nach der Separation der juristische Besitz der Frucht, wie man ihn bereits vor der Separation hatte, im Grunde nur fortgesetzt wird, keineswegs aber ein neuer Besitz derselben erworben zu werden braucht. Da aber in der That die separirte Frucht eine neue Sache ist, also auch deren Besitz immer erst erworben werden muß, so ergibt sich hieraus, daß auch der antichretische Pfandgläubiger die Früchte nur durch wirkliche Perception, nicht durch blose Separation erwirbt, so gut, wie der Zeitpächter und der Usufructuar. Uebrigens unterscheidet er sich aber auch von dem Letztern wieder darin, daß er nicht wie dieser kraft seines dinglichen Rechts an der Hauptsache, sondern nur voluntate domini das Eigenthum der Früchte erwirbt. Denn sein dingliches Recht hat keinen Fruchtbezug zum Inhalt; dieser steht ihm kraft des pactum antichreticum nur als obligatorisches Recht zu, gleich einem gewöhnlichen Pächter.

XII.

Vertragsabschluß.

Bei der Abschließung von Verträgen, namentlich gegenseitigen-Verträgen zwischen Abwesenden, können sich Fragen ergeben, die sehr schwierig zu beantworten sind, und über deren Beantwortung daher auch immer noch eine bedeutende Verschiedenheit der Meinungen unter unsern Juristen besteht [1]. Indem ich es wage, auch meinerseits einen Versuch zur Lösung dieser Fragen zu machen, werde ich von dem einfachsten Falle ausgehen müssen, um von da schrittweise zu den verwickelteren und verwickeltsten übergehen zu können.

Die Stipulation war ein Vertrag, durch welchen nur unter Gegenwärtigen in bestimmter, aber einfacher Form eine streng einseitige Obligation contrahirt wurde. Es konnte hier nur die Frage entstehen, welche in L. 1 §. 1 D. de V. O. (45, 1) in folgender Weise beantwortet wird:

> Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur, discessit, inutilem efficit stipulationem. Sin vero praesens interrogaverit, mox discessit, et reverso responsum est, obligat; intervallum enim medium non vitiavit obligationem.

---

[1]) Vergl. z. B. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts (dritte Aufl.) §. 331. Anm. 3. 5. Unterholzner Schuldverhältnisse I. S. 53 f. Puchta Pandekten und Vorlesungen §. 251. Arndts Pandekten §. 231. Seuffert Pandektenrecht (dritte Aufl.) §. 256. Anm. 2.

Zwei sind an einem Orte beisammen; der Eine fordert den Andern durch eine Stipulationsfrage zu einem Versprechen auf; ehe dieser das gewünschte Versprechen in entsprechender Form leistet, entfernt sich der Erstere; wird dadurch der Abschluß einer gültigen Stipulation verhindert? Diese Frage scheint von Ulpian erst unbedingt verneint zu werden. Aber indem dann bemerkt wird, es entstehe ein bindender Vertrag, wenn dem Fragenden nach seiner Rückkehr (entsprechend) geantwortet werde, ergibt sich hieraus, daß jene Verneinung jedenfalls keine unbedingte sein soll. Der beigefügte Grund der zweiten Entscheidung zeigt, daß jedenfalls das blose Dazwischenliegen eines Zeitraums zwischen Frage und Antwort kein Hinderniß für die Gültigkeit der Stipulation abgibt. Eine in Abwesenheit des weggegangenen Fragers erfolgende Antwort bringt jedenfalls die Stipulation nicht zum Abschluß. Schon hierin liegt, daß dieser unmöglich wird, wenn der Frager gar nicht mehr zurückkommt. Aber wenn er zurückkommt, und nun die passende Antwort gegeben wird, so macht diese den Versprechenden ebenso verbindlich, wie wenn er sie unmittelbar nach der Frage gegeben hätte. Kommt aber gar nichts an auf die Dauer des dazwischen liegenden Zeitraums? Muß der Zurückgekehrte unter allen Umständen die Antwort auch jetzt noch annehmen, selbst wenn er sich entfernte, um abzubrechen? Auf diese Fragen bleibt uns Ulpian die Antwort, wie es scheint, schuldig. Indessen so wie ich seine Worte verstehen zu müssen glaube, ist sie stillschweigend darin enthalten.

Das Zurückkehren nämlich, wovon er spricht, ist doch wohl als ein eigentliches Wiederfortsetzen des vorigen Beisammenseins zu nehmen, das die Abwesenheit als blose vorübergehende Unterbrechung desselben erscheinen läßt; diese darf also nur so lange dauern, als es mit diesem Charakter derselben verträglich ist. Sodann wird das „discessit" in der ersten Hälfte der Stelle, eben weil es gar keinen Beisatz hat, am natürlichsten von einem Weggehen verstanden, wo-

durch der Frager zugleich sein Abgehen von der Absicht der Vertragsschließung kund geben will, und endlich läßt das „obligat" in der zweiten Hälfte deutlich erkennen, daß in dem hier entschiedenen Falle die Fortdauer des Willens, den Andern zu binden, vorausgesetzt wird, so daß es also ohne Zweifel Ulpians Meinung war: wenn der wiedererschienene Stipulator das Versprechen nun gar nicht mehr haben will, so kann es ihm durchaus nicht deswegen aufgedrungen werden, weil er es bei dem früheren Zusammensein verlangte. Man darf dies nicht für eine müssige Subtilität halten, weil ja doch Jedermann ein Versprechen anzunehmen immer bereit sein werde. Es kann sich z. B. um eine Expromission handeln, durch welche man eine Forderung gegen einen vielleicht sichern Schuldner verliert. Hat man inzwischen etwa erfahren, daß der Expromittent unsicher sei, so hat man gewiß ein Interesse daran, die Promission nicht mehr annehmen zu müssen.

Also: auch bei der Stipulation macht der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte, aber freilich nur der wirklich erklärte Widerruf der Aufforderung zur Vertragschließung diese unmöglich; aber ohne einen solchen Widerruf muß die Antwort auf die Frage auch nach einiger Zeit noch angenommen werden und ist für den Antwortenden bindend, wenn nur die zeitweilige Entfernung des Fragers als blose Unbrechung eines und desselben Beisammenseins und also Frage und Antwort immer noch als **ein** Akt angesehen werden kann. [2]).

Auf Einheit des Akts kommt es bei einem Vertrag, der nicht Stipulation, sondern Consensualcontrakt oder sonstige formlose Uebereinkunft ist, nicht an. Das allein Entscheidende für die Gültigkeit der nach einer Zwischenzeit erklärten Einwilligung besteht hier darin, ob der Wille, in welchen eingewilligt werden soll, noch fortdauert, oder nicht. Diese

---

[2]) Vergl. L. 6 §. 3 L. 12 pr. de duob. reis (45, 2).

Frage beantwortet sich von selbst, wenn der Proponent sogleich eine Frist bestimmte, binnen welcher er die Erklärung des andern Theils erwarte. Aber auch wenn dies nicht geschehen ist, muß doch immer ein solcher Vertragsvorschlag als nur für eine gewisse Zeit geltend betrachtet werden, deren Länge nach den Umständen zu bemessen ist. Das Verstreichen dieser Zeit ohne einwilligende Erklärung muß ebenso wirken, wie eine Ablehnung; eine nach derselben gegebene einwilligende Erklärung ist nur bei wiederholter Aufforderung oder bei sonst erweislicher Fortdauer des gegenüberstehenden Willens von Wirkung.

Kann dagegen nicht aus der Länge der Zeit geschlossen werden, der Proponent betrachte seinen Antrag als stillschweigend abgelehnt und wolle ihn folglich auch seinerseits zurückgezogen haben, so kann nur eine dem Aufgeforderten gegenüber kund gegebene Willensänderung dessen Acceptation wirkungslos machen. Sie wird es nicht schon dadurch, daß der Proponent innerlich seinen Willen geändert hat. Selbst wenn er diese Willensänderung einem Dritten deutlich erklärt, aber ohne die Absicht, sie dadurch demjenigen kund zu machen, welchen er zur Eingehung des Vertrags aufgefordert hat, ist die Unterlassung des Widerrufs eine stillschweigende Willenserklärung, daß er diesem gegenüber bei seinem Vorschlag, wenn auch ungern, beharre. Hat er aber einen Widerruf an denselben gerichtet, so ist es ganz gleichgültig, ob dieser ihn vernommen hat, oder nicht. Die einwilligende Erklärung würde nun doch nur einen scheinbaren, nicht einen wirklichen consensus hervorbringen; ohne wirkliche Willensübereinstimmung kann aber ein Vertrag nicht zu Stande kommen.

Sobald wir einen Vertrag voraussetzen, der formlos abgeschlossen werden kann, setzen wir eben damit auch die Möglichkeit seiner Abschließung unter Abwesenden durch Vermittlung von Boten, Briefen, telegraphische Mittheilungen u. s. f. voraus, und aus dieser Möglichkeit entstehen nun

wieder ganz neue Fragen. Zuerst die: reicht es hier hin, daß der Aufgeforderte seine Einwilligung irgendwie zu erkennen gibt, oder ist etwas Weiteres erforderlich, damit man sagen kann, der Vertrag sei zu Stande gekommen?

Die Aufforderung oder Einladung zur Eingehung eines Vertrags kann — wenn wir vorerst von gegenseitigen Verträgen noch absehen — zweierlei sein: ein Versprechen oder Abforderung eines Versprechens. Besteht sie in einem Versprechen, so wird meist eine Antwort desjenigen, welchem das Versprechen gegeben wird, gar nicht erwartet werden; der Versprechende wird die Annahme seines Anerbietens voraussetzen, und man wird den Vertrag als abgeschlossen betrachten müssen, wenn der Adressat nur irgendwie zu erkennen gegeben hat, daß er das Versprechen annehmen wolle. So, wenn Jemand einem Andern brieflich eine Sache oder Geldsumme schenkungsweise verspricht, oder sich ihm zu einer Geschäftsbesorgung erbietet, von welcher er voraussetzen kann, daß sie dem Andern erwünscht sei, wird er sich nicht dann erst für gebunden halten, wenn er eine annehmende Antwort erhalten hat, sondern von da an, wo er vermuthen kann, daß der Andere seinen Brief empfangen und sein Anerbieten dankbar angenommen hat, und es wird in dem ersteren Falle zur Begründung der Klage auf Erfüllung des Schenkungsversprechens, im zweiten Falle zur Begründung der actio mandati contraria auf Erstattung von Auslagen vollkommen genügen, daß irgend eine Thatsache bewiesen werden kann, aus welcher sich schließen läßt, der Empfänger des Versprechens sei mit demselben einverstanden gewesen und habe den Willen gehabt, den Versprechenden beim Wort zu nehmen.

Oft aber wird die in einem Versprechen und immer die in der Abforderung eines Versprechens bestehende Aufforderung zur Eingehung eines Vertrags die Bedeutung einer Frage haben, deren wirkliche Beantwortung nöthig ist, um den Vertrag zum Abschluß zu bringen. Die Aufforderung

zur Eingehung eines gegenseitigen Vertrags wie z. B. eines Kauf- oder Miethvertrags ist immer Beides zugleich: Abforderung eines Versprechens, worin natürlich zugleich eventuelle Annahme desselben liegt, und ebenso eventuelle Leistung eines Versprechens. Hier wird also (von einer erst später zu erwähnenden Möglichkeit abgesehen) immer wirkliche Beantwortung der Proposition zum Vertragsabschluß nothwendig sein. Zum Inhalt wird diese Antwort Annahme des eventuell geleisteten Versprechens und Leistung des verlangten Versprechens, und zwar genau so wie es verlangt worden ist, haben müssen. Allein der Form nach kann die Antwort sehr einfach sein; es liegt dieser doppelte Inhalt von selbst darin, daß der Adressat nur überhaupt erklärt, mit dem gemachten Vorschlag vollkommen einverstanden zu sein.

Fragen wir nun: wann kann in solchen Fällen, wo die Aufforderung zum Vertrag als Frage anzusehen ist, der Vertrag als abgeschlossen gelten, so brauchen wir, da wir hier bereits das Antworten als zum Vertragsabschluß nöthig erkannt haben, gar nicht mehr hervor zu heben, daß überhaupt ein Vertrag, oder vielmehr jedes Rechtsgeschäft nur durch eine Willenserklärung, nicht durch bloses Wollen zu Stande kommen kann; so lange der Wille nicht ausgesprochen ist durch Wort oder Zeichen oder That, ist er, wenn ich mich so ausdrücken darf, noch Eigenthum des Wollenden; der nicht erklärte Entschluß, mag er auch noch so entschieden sein, bindet den Entschlossenen noch nicht. Wir dürfen und müssen in den Fällen, welche wir hier vor Augen haben, sogleich noch weiter gehen; der Entschluß bindet so lange noch nicht, als der Entschlossene ihn zwar zu erkennen gegeben hat, aber nur einem Dritten und mit dem Vorbehalt, ihn dem Auffordernden erst noch zu erkennen zu geben, also ohne die Absicht, sich dadurch diesem gegenüber zu binden. Im Aufschub der Erklärung an den Auffordernden liegt es von selbst, daß der Aufgeforderte seinen Entschluß, wenn er ihn auch schon

gefaßt hat, doch noch als sein Eigenthum festhalten will. Mag er ihn also auch einem Dritten bekannt machen, so hat er sich dadurch doch noch nicht gebunden; der Vertrag ist noch nicht abgeschlossen. Ein einfaches Beispiel mag dies anschaulich machen. Jemand hat mir für eine Wohnung, die ich zu vermiethen habe, einen bestimmten Preis geboten. Ich finde diesen und alle sonstige Bedingungen, die er vorgeschlagen hat, sehr annehmbar, bin entschlossen, zusagend zu antworten und habe auch bereits mehrere Andere, welche der Wohnung nachfragten, mit der Erklärung abgewiesen, sie sei schon an jene Person vermiethet. Nun kommt aber ein neuer Miethlustiger, der mir besser gefällt; mit ihm einige ich mich sofort, und schreibe dem, mit welchem ich schon erklärt hatte, eins geworden zu sein, ab. Gewiß kann er nicht über Vertragsbruch klagen; es war noch kein Vertrag zwischen uns abgeschlossen.

Gebunden wird also der Adressat nur durch eine Erklärung seiner Einwilligung, durch die er sich wirklich binden will, und dies kann nur von einer Erklärung an den Proponenten oder seinen Stellvertreter gesagt werden. Ist diese Erklärung eine mündliche, an einen Gegenwärtigen ergehende, so ist sie das Werk eines Augenblicks. Nicht so, wenn sie schriftlich oder durch einen Boten erfolgt, der nicht Stellvertreter des Proponenten zu ihrer Empfangnahme ist. Man kann hier nicht sagen, die Erklärung sei g e s c h e h e n, wenn sie nur niedergeschrieben, oder wenn sie dem Boten aufgetragen ist, auch nicht, wenn der Brief oder der Bote abgeschickt ist; das sind alles nur noch Anfänge oder Fortschritte des Werks der Erklärung; vollbracht ist dieses erst dadurch, daß der Brief oder der Bote bei dem eingetroffen ist, an welchen er abgeschickt wurde. So lange beide noch auf dem Wege sind, ist der Abwesende auch nur noch im Begriff sich zu erklären, aber er hat sich noch nicht erklärt. So gut der, welcher in weitläufiger Rede einem Anwesenden sich erklärte, bis zum Schlusse seiner Rede immer noch

keine Erklärung gegeben hätte, und wenn auch Alles, was er schon sagte, auf ein Ja hinaus zu laufen schien, ja vielleicht nach seiner eigenen Meinung auf ein Ja abzielte, doch am Ende noch mit einem Nein schließen könnte, ohne „sein Wort zu brechen", ebenso gut kann auch der, welcher einen Brief oder Boten mit einer einwilligenden Erklärung abgeschickt hat, diesen durch einen schneller gehenden Brief oder Boten oder den Telegraphen mit der entgegengesetzten Erklärung überholen oder doch einholen, und dadurch seine Bindung verhindern; man darf nicht sagen, er hat sich dadurch von einer für ihn schon eingetretenen Gebundenheit rechtswidrig loszumachen gesucht.

Dies ist es, was sich wirklich aus der Natur der Sache ergibt. Eine blose Verwechslung damit aber scheint es mir zu sein, wenn man sagt, die Einwilligung des Aufgeforderten muß dem Auffordernden bekannt geworden sein, damit der Vertrag abgeschlossen sei. Beides wird freilich regelmäßig zusammentreffen; dadurch daß die Erklärung des Aufgeforderten zur Vollendung gekommen ist, indem sie, d. h. der Brief oder Bote, an den Bestimmungsort gelangt ist, wird sie ihm auch bekannt geworden sein. Aber wenn dies eben nicht der Fall ist, weil z. B. der Brief in Abwesenheit dessen, an welchen er gerichtet war, eintraf und deshalb längere Zeit unerbrochen blieb, so ist dadurch das Zustandekommen des Vertrags nicht als aufgeschoben zu betrachten. Die Vollendung der einwilligenden Erklärung ist es, was ihren Urheber bindet, nicht das Bewußtsein des Auffordernden von der erfolgten Einwilligung. Wenn Hasse in seinem scharfsinnigen und lehrreichen Aufsatz über unsern Gegenstand im Rheinischen Museum II. S. 378 ff. dies aus dem Grunde behauptet, weil nicht eher das Bewußtsein eines abgeschlossenen Vertrags entstehen könne, und eher denn auch keine Einverständniß, keine Uebereinkunft (conventio) vorhanden sei, so halte ich hieran nur so viel für wahr, daß allerdings Jemand unmöglich ignorans auch nur eine For-

derung durch Versprechen erwerben, geschweige Schuldner werden kann [3]), so wenig, als man ignorans juristischen Besitz durch einen Stellvertreter erwerben kann. Aber wie eben hier das erforderliche Bewußtsein schon in dem Auftrag zur Besitzergreifung liegt, ohne daß man auch noch Kenntniß von dessen Ausführung zu haben braucht, so liegt es auch in unserm Falle schon in der Aufforderung zur Eingehung des Vertrags, ohne daß man die Einwilligung erfahren muß; man erwartet diese bei der Aufforderung, und insofern ist die durch ihre Erklärung erfolgende Bindung des Aufgeforderten, der dadurch geschehende Abschluß des Vertrags niemals etwas, das ohne Wissen des Auffordernden sich begibt. Ich habe nicht ignorans eine Forderung durch Vertrag erworben, wenn der Aufgeforderte meinem Boten, durch den ich ihm meinen Vorschlag mittheilte, diesem in meiner Abwesenheit bejahend antwortete; ebensowenig aber, wenn ich seinen zusagenden Brief in der Hand habe, oder er sich auch nur in meinem Hause befindet, ohne noch von mir gelesen worden zu sein; es ist nur geschehen, was ich schon voraussah.

Aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich nun auch von selbst, wie lange der Vorschlag zur Eingehung eines Vertrags widerrufen werden kann. Der Widerruf ist so lange und **nur** so lange statthaft, — darüber kann kein Zweifel bestehen — bis die Einwilligung auf eine für den Aufgeforderten bindende Weise erklärt ist. Dies geschieht, wenn es durch eine ausdrückliche Erklärung geschieht, nur durch eine Erklärung, welche an den Proponenten oder seinen Stellvertreter in ihrer Empfangnahme gerichtet nnd an ihren Bestimmungsort gelangt ist. Bis dies geschehen ist, kann

---

[3]) Es ist dies der eigentliche Sinn der Rechtsregel, daß ein einseitiges, nicht angenommenes Versprechen den, welchem es geleistet wird, noch nicht zum Gläubiger macht; er muß es angenommen haben, um mit eigenem Wissen und Wollen Gläubiger zu werden.

also auch der Proponent widerrufen. Allein es fragt sich, auch wenn man diese Zeitbestimmung für die Statthaftigkeit des Widerrufs zugibt, doch immer noch: muß der Widerruf auch schon vor jenem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an den Aufgeforderten gelangt sein, oder genügt es, daß der Proponent den Widerruf an ihn gerichtet hat?

Die Antwort auf diese Frage scheint sich aus folgender Erwägung zu ergeben. Wenn der Adressat acceptirt, ehe der Proponent seine Willensänderung ihm gegenüber laut werden ließ, so besteht nun zwischen Beiden immerhin ein wirklicher Consens; denn durch das dem Adressaten gegenüber beobachtete Stillschweigen hat für diesen der Proponent, wie oben schon bemerkt wurde, seinen Willen in der That aufrecht erhalten. Hat er aber einmal seine Willensänderung in einer an den Adressaten gerichteten Erklärung ausgesprochen, so steht es eben dadurch bereits fest, daß von diesem Augenblick an eine den widerrufenen Vorschlag annehmende Erklärung des Adressaten in Wahrheit keinen Consens, sondern einen entschiedenen Dissens zwischen Beiden bedeuten würde. Wollte man also durch die Einwilligungserklärung, welche der Adressat abgäbe, während der widerrufende Brief an ihn unterwegs wäre, dennoch einen Vertrag zum Abschluß kommen lassen, so müßte man hier den Consens, ohne welchen ein Vertrag unmöglich zu Stande kommen kann, geradezu fingiren.

Dies läßt sich, so viel ich sehen kann, nicht bestreiten. Wohl aber läßt sich Folgendes einwenden. Man muß überhaupt bei Verträgen, die unter Abwesenden abgeschlossen werden sollen, jeden der Contrahenten als doch gleichsam in seinem Brief oder dem von ihm abgeschickten Boten persönlich bei dem Andern anwesend betrachten. Hat also der Adressat meinen den Vorschlag enthaltenden Brief in seiner Hand, ohne daß mein zweiter widerrufender Brief bereits an ihn gelangt ist, und er acceptirt auf jenen ersten Brief hin, so hat er doch den Vertrag eigentlich mit mir abge-

schlossen und mein nachher eintreffender Widerruf kann dies so wenig ungeschehen machen, als Jemand gültigerweise sein von ihm persönlich gegebenes und sofort von der andern Seite persönlich angenommenes Versprechen nachher einseitig widerrufen kann. Die Fiktion des Consenses, welche in der Annahme liegt, findet auf diese Weise ihre juristische Rechtfertigung, wie sie ohnehin das Billigkeitsgefühl befriedigt. Ich setze aber, wie sich nach dem oben Ausgeführten von selbst versteht, voraus, daß der widerrufende Brief nicht während der Zeit noch bei dem Adressaten einläuft, in welcher dessen acceptirender Brief unterwegs ist. Denn sonst kommt der Widerruf allerdings dem Abschluß des Vertrags zuvor.

Uebrigens ist nun auch dies noch in Betracht zu ziehen. Eine Proposition, welche von dem, der Gläubiger werden soll, ausgeht, also jede Proposition zur Eingehung eines gegenseitigen Vertrags, weil hier eben Jeder Gläubiger werden soll, kann auch in sich schließen eine Aufforderung zu einem bestimmten Handeln, wodurch der Vertrag von Seiten des Aufgeforderten zugleich eingegangen und erfüllt, wenigstens seine Erfüllung begonnen oder vorbereitet werden soll. Insbesondere ist dies augenscheinlich der Fall bei allen Propositionen, die wir als „Bestellungen" zu bezeichnen pflegen. Hier liegt es nun wieder in der Natur der Sache daß wenn der Aufgeforderte, ohne eine wörtliche Einwilligungserklärung an den Proponenten zu richten, die hier auch wohl gar nicht erwartet wird, dem Willen des Proponenten gemäß handelt, es ihm frei stehen muß, dieses Handeln als Abschließung des Vertrags geltend zu machen, und mithin einen Widerruf des Bestellers, welcher erst jetzt an ihn kommt, nachdem er selbst schon in dieser Art gehandelt hatte, als verspätet zurückzuweisen, sein Recht aus dem Vertrag aber als aus einem wirklich zu Stande gekommenen Vertrag anzusprechen und nöthigenfalls mit der Contraktsklage gegen den Widerrufenden zu verfolgen. Hat z. B. Jemand bei

einem Goldarbeiter einen goldenen Ring für einen bestimmten Preis bestellt, dieser ihn auch bereits in Arbeit genommen, und es will ihn der Besteller nun erst wieder abbestellen, so ist der Goldarbeiter gewiß befugt, unter dem Erbieten, den fertigen Ring zu überliefern, mit der actio venditi den gebotenen Kaufpreis dafür einzuklagen, auch wenn er nie mit einem Worte dem Besteller gesagt oder geschrieben hat, daß er seine Bestellung annehme.

Für das Mandat wenigstens, welchem doch alle solche Bestellungsverträge unläugbar verwandt sind, bezeugt dies geradezu L. 15 D. mandati (17, 1):

> Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu antequam scias, me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum.[4])

Wie hier angenommen wird, daß durch Ausführung des bereits widerrufenen Mandats, wenn nur der Widerruf noch nicht an den Adressaten gelangt sei, eine wirkliche mandati obligatio contrahirt worden sei, so ist gewiß auch in unserm obigen Beispiel die emtio venditio als wirklich contrahirt zu betrachten, obwohl der Besteller seine Bestellung widerrufen hatte, ohne eine acceptirende Erklärung von dem Arbeiter erhalten zu haben.

---

[4]) Weniger passend scheint mir die Analogie der von Arndts Pandekten §. 231 Anm. 3. angeführten L. 26 §. 1 D. mand.

Inhalt der einzelnen Beiträge.

I.

Die Erbschaft vor, in und nach ihrem Uebergang an den Erben.

Summarische Darlegung der gangbaren und der im Folgenden als die richtige nachzuweisenden Ansicht. S. 1—4. — Die Erbschaft ist eine fingirte, aber keine „juristische" Person, (L. 22 D. de fidejuss. L. 61 §. 1 D. de A. R. D.) S. 4—11. — Grund und Nothwendigkeit der Fiktion, welche der Erbschaft Persönlichkeit beilegt. Sie ist unentbehrlich für den aktiven und passiven Uebergang der Obligationen auf den Erben. (Gaj. II. 38.) S. 11—18. — Diese Fiktion muß so formulirt werden: Die Erbschaft trägt von dem Augenblick an, wo der Erblasser stirbt, dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit in sich selbst. S. 19 f. — Gestaltung der Rechtsverhältnisse während des Ruhens der Erbschaft. S. 20—22. — Fortsetzung der Usucapion durch die hereditas jacens. (L. 40 L. 20 L. 44 §. 3 D. de usurp.) S. 22 f. — Erwerb der her. jac. durch Sklaven. L. 61 de A. R. D. L. 44 §. 7 L. 45 §. 1 D. de usurp. L. 15 pr. eod. L. 12 §. 2 de captivi) S. 24—30. — Die Ursache von Erwerbungen der her. jac. muß in einem Erbschaftsstück selbst liegen. (L. 1 §. 6 de injur.) S. 30 f. — Was heißt es, die Erbschaftssachen seien hereditate jacente „res nullius"? (L. 13 §. 2 ad leg. Aqu.) S. 31 f. — Unsre Fiktion dauert nur, bis es gewiß ist, daß der Nachlaß gar nicht eigentliche Erbschaft werde. (Gaj. IV. §. 35 L. 73 §. 1 de V. O.) S. 32 f. — Sie dauert aber fort nach dem Antritt der Erbschaft. Der Erbschaftserwerb ist Eintritt in das Verhältniß des Erblassers zu seinem nachgelassenen Vermögen als Subjektes desselben (L. 37 de acqu. her.), zu unterscheiden von der Universalsuccession des Arrogator (Gaj. III. §. 83. 84.). S. 33—37. —

Alle einzelnen erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten werden eigene selbstständige R. und V. des Erben (L. 36 §. 2 de H. P. Gaj. IV. §. 34 L. 62 de A. R. D. L. 9 de re milit.) S. 37—40. — Die successio heredis in omne jus defuncti ist kein bloser vorübergehender Akt, sondern ein dauernder Zustand. (L. 22 de usurp. L. 21 eod. Gaj. III. §. 84.) S. 41—49. — Ebenso im Wesen der Erbfolge begründet wie die bisher besprochene Fiktion ist die Fiktion der unmittelbaren Succession des Erben. (L. 54 de acqu. hered. L. 138 pr. de R. J.) S. 49—51. — Diese und die erste Fiktion widersprechen einander nicht. (L. 1 §. 6 de injur.) S. 51 f. — Doch ergibt sich, je nachdem man von der einen oder andern ausgeht, zuweilen eine verschiedene Beurtheilung juristischer Thatsachen aus der Zeit der her. jac. in Beziehung auf Gültigkeit. (L. 193 und L. 138 de R. J.) S. 52—55. — Geschichte der beiden Fiktionen. (L. 28 §. 4 de stip. serv. L. 20 §. 1 de cond. inst. L. 9 de naut. foen. L. 33 §. 2 de A. R. D. L. 116 §. 1 de legat. I.) S. 55—59. — Alle positiven Rechtswirkungen, welche juristische Thatsachen während des Ruhens der Erbschaft in Folge der Fiktion, daß in ihr die Persönlichkeit des Erblassers fortbestehe, bereits erzeugt haben, sollen durch Anwendung der andern Fiktion nicht wieder aufgehoben werden. (L. 21 de neg. gest.) S. 59 f. — Dagegen convalesciren in der Regel die nach der ersten Fiktion ungültigen Rechtsgeschäfte vermöge der zweiten. (pr. I. de stip. pro. L. 35 L. 28 §. 4 L. 18 §. 2 L. 16 D. eod. — L. 73 §. 1 D. de V. O. — L. 52 de hered. inst. §. 2 I. eod. L. 64 D. eod. L. 23 quando dies leg. L. 3 de reg. Cat. L. un. §. 1 quando dies ususf. L. 16 §. 1 quando dies leg. L. 26 de stip. serv. [Vat. fr. §. 55.]) S. 60—73. — Resultate für das heutige Recht. S. 74—77. — Erklärung mehrerer bisher meist mißverstandner Stellen: L. 80 de leg. II. L. 70 pr. de leg. I. L. 116 §. 4 eod. L. 55 §. 1 de leg. II. L. 36 de solut. (L. 3 in f. 4 si pars hered. L. 35 de judic. L. 16 pr. de cond. indeb.) L. 25 D. de solut. L. 1 §. 11 quod legat. L. 8 de R. C. L. 36 §. 2 de H. P. (L. 13 in f. 14 eod.) S. 77—89. — Anwendung der ausgeführten Theorie auf die Streitfrage: ob zur Vollendung einer Usucapion durch den Erben Besitzerwerb erforderlich sei? (L. 31 §. 5 de usurp. L. 6 §. 2 pro emt. L. 13 §. 4 de acqu. poss.) S. 89—93.

II.

Usucapio pro herede et in jure cessio hereditatis.

Usucapio pro herede und in jure cessio hereditatis nondum acquisitae beruhen auf einem Grundgedanken: (Gaj. II. §. 35 III.

§. 85.) S. 94 f. — Innerer Zusammenhang der einzelnen Rechtssätze in beiden Instituten. S. 96—98. — Ihr gemeinsamer Grundgedanke ist dem wahren Wesen der Erbschaft und der Erbfolge nicht entsprechend. S. 98 f. — Erfunden durch die interpretatio prudentum, um das alte Recht den praktischen Bedürfnissen der Gegenwart anzupassen, wurden sie durch das successorium edictum entbehrlich, aber doch im Ganzen beibehalten. S. 99. — Beide sind aber schon im Justinianischen Recht völlig antiquirt. S. 100 f.

III.

Begründung von Obligationen für die Erben.

Die stipulatio post mortem enthält eine unmögliche Zeitbestimmung, wenn man von der Identität den hereditas mit dem Erblasser absieht. S. 102—105. — Die Regel: ex heredis persona incipere obligatio non potest hat, insofern sie den Aufschub der Erfüllung auf die Zeit des Erbschaftsantritts bedeutet, nur im Bereich des strengen jus civile Geltung. (Gaj. III. §. 117 L. 12 §. 17 L. 13 mand. Gaj. II. §. 232. 277.) S. 105—109. — L. un. C. ut act. ab hered. will nur die durchgängige Statthaftigkeit der Zeitbestimmung post mortem festsetzen. S. 109—111. — Begründung von Obligationen für einen Erben, ist juristisch nur denkbar als Begründung des Rechts auf oder der Verpflichtung zu Erfüllung bereits bestehender Obligationen, und soweit der Erbe Repräsentant des Erblassers ist. (L. 56 §. 1 de V. O.) S. 111—113. — Nur die Ausdehnung an sich unvererblicher Obligationen kann auf einen Erben allein beschränkt werden. (L. 137 §. 8 L. 68 D. de V. O. L. 13 C. de contr. stip. L. 33 D. de pactis.) S. 113—120.

IV.

Wissenschaftliches Recht.

Die Wissenschaft ist nicht in demselben Sinn Rechtsquelle, wie das Volksbewußtsein und die Gesetzgebung. S. 121 f. — Auch die Lehrsätze der mit dem jus respondendi beliehenen Juristen hatten keine äußere Geltung, außer insofern darauf förmliche Gutachten gebaut waren. (Gaj. I. §. 7) S. 122—129. — Das bei Gaj. l. l. angeführte Rescript Hadrians findet analoge Anwendung auf sich widersprechende Pandektenstellen. S. 129.

V.

Kritische Bemerkungen zu Gajus IV. §§. 1—44.

Zu §. 4. S. 130. — Zu §. 9. S. 131. — Zu §. 15. S. 131 f. — Zu §. 34. S. 132 f. — Zu §. 36. S. 133. — Zu §. 44. S. 133—136.

VI.

Zeitgränze der Gesetzesanwendung.

Grund des Rechtssatzes, daß neue Rechtsregeln keine rückwirkende Kraft haben. (L. 7 C. de legib.) S. 137—139. — Facta praeterita S. 139. — Die Regeln: „Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen" und „Neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen" sind nicht identisch. (L. 27 C. de usuris.) S. 140—143. — Neue Gesetze über Zeitwirkungen. S. 143—145. — Princip für ihre Anwendung. S. 145—148.

VII.

Compensation.

Als Rechtsverhältnisse berühren sich Forderung und Gegenforderung an sich nicht; aber als Vermögensverhältnisse wiegen sie sich gegenseitig bis zum gleichen Betrag auf. S. 149 f. — Wo eine Obligation unter der Regel der bona fides steht, fordert die bona fides rechtliche Berücksichtigung der quantitativen Einwirkung der Gegenforderung ex eadem causa auf die Forderung. (§. 30 I. de act. Gaj. IV. §. 61. 63.) S. 151—153. — Außerdem kann der judex nur dann compensationis rationem habere, wenn es ihm durch eine besondere Einrichtung der Formel vorgeschrieben ist; d. h. bis auf K. Marcus: 1) wenn ein argentarius cum compensatione, 2) wenn ein bonorum emtor cum deductione agit (Gaj. IV. §. 64—68.) S. 153—159. — 3) wenn der Beklagte eine exceptio doli impetrirt hat, wodurch er dann aber gänzliche Abweisung der Klage erlangt. S. 159 f. — Ein Rescript des K. Marcus führte Verallgemeinerung des agere cum compensatione oder cum deductione ein. (§. 30 I. de act. Theoph. ad h. l. Paul. II. 5. §. 3.) S. 160—164. — Seitdem compensatur im e. S. inter omnes ipso jure d. h. ohne ein Rechtsgeschäft (L. 21 L. 8 L. 4 D. de compens.) S. 165—169. — Reine Folge davon ist die Bestimmung der L. 4 C. eod. (L. 11 D. eod.) S. 169—171. —

Weil die Compensationseinrede soluti retentio ist, kann sie auch auf eine naturalis obl. gegründet werden. (L. 4 L. 6 D. eod.) S. 171 f. — Weil das Compensationsrecht ein mit Entstehung der Gegenforderung erworbenes Recht ist, kann es auch im Concurse geltend gemacht werden. S. 172 f. — Bedeutung der Erweiterung des Compensationsrechts durch Justinian (§. 30 I. de act. L. 14 C. de compens.) S. 173 ff. — Erforderniß der Liquidität. S. 174—182. — Beschränkung der Compensation bei der depositi actio (L. 11 C. depos.) S. 182—185. Sprachliche Bemerkungen S. 185 f. — Anhang: Compensatio per exc. doli? (L. 22 pr L. 2 pr. de exc. L. 17 §. 2 ad SC. Vellej.) S. 186—189.

VIII.

Sachenerwerb durch Tradition.

Justa causa traditionis (L. 31 de A. R. D. L. 36 eod. L. 18 de R. C.) S. 190—192. — Der Irrthum des Tradenten über das Subjekt des zu veräußernden Eigenthums ist ein wesentlicher (L. 35 de A. R. D. L. 3 §. 8 de cond. causa data L. 15 §. 2 de contr. emt.) S. 192—197. — Erklärung der L. 49 mand. S. 197—202. — Der Wille des Tradenten hat zwei unzertrennliche Bestandtheile: den Entschluß, das Eigenthum aufzugeben und die Absicht, daß es auf den, welchem tradirt wird, übergehe. (L. 18 §. 1 L. 34 pr. de poss. L. 18 §. 1 de R. C) S. 202—205. — Der Wille des Tradenten, zu übertragen braucht nicht auf eine bestimmte Person gerichtet zu sein. (L. 9 §. 7. 8 de A. R. D. §. 46. 47 I. de R. D. L. 5 §. 1 pro derel.) S. 205—208. — Erwerb durch Tradition an einen Stellvertreter (L. 59 L. 13 de A. R. D. L. 42 §. 1 L. 1 §. 20 de poss. L. 13 de donat. L. 9 §. 4 de facti et juris ign.) S. 208—214. — Der Wille des Erwerbers bedarf der Richtung auf eine individuell bestimmte Sache nicht. (L. 34 §. 1 de poss.) S. 215—219. — Erforderniß der bona fides beim Erwerb des Usucapionsbesitzes durch Stellvertreter. S. 219 ff. — Bona fides ist ein Erforderniß des Willensaktes, wodurch der Grund des Ersitzungserwerbs gelegt wird. (L. 48 L. 47 de usurp.) S. 220—222. — Hieraus folgende Regeln S. 222—225. — Nachweisung derselben in den Quellen (L. 2 §. 10—13.) S. 225—228. — Bei der usucapio ignorante domino ist doch scientia rei alienae auf Seiten des dominus am Anfang der Usucapion unbedingt hinderlich. (L. 43 §. 1 de usurp.) S. 228—231.

IX.

Capitis diminutio.

C. d. ist nicht Verringerung der Rechtsfähigkeit. S. 232—235. — Sie ist Untergang der ganzen privatrechtlichen Persönlichkeit; als media und minima verbunden mit gleichzeitiger Erlangung einer neuen. S. 235. — Wie kann es dennoch Grade der c. d. geben? (L. 11 D. de cap. min.) S. 235 f. — Daß auch die minima c. d. „bürgerlicher Tod" sei, bezeugt Gajus III. §. 153. (L. 63 §. 10 pro socio.) S. 237 f. — (Einfluß der c. d. minima auf die Societät. (L. 58 §. 23 pro socio L. 65 §. 11 eod.) S. 238—242.) — Beweise aus den Wirkungen der minima. c. d. (Gaj. III. §. 83 §. 114) S. 242—250. — Wirkung der c. d. auf die Ehe (Gaj. I. §. 135 L. 13 §. 1 de don. i. V. et U. L. 1 C. de repud. L. 5 §. 1 D. de bon. damn.) S. 250—253. — Wirkung auf das peculium castrense? (L. 16 §. 2 C. de usufr. L. 6 §. ult. D. de injust. test. L. 31 §. 2 de don. L. 17 C. eod. L. 53 de peculio) S. 253—257. — Erklärung der civilis ratio, daß auch die minima c. d. dem Tode gleichstehe. (Gaj. I. §. 123 §. 132 §. 162 L. 11 D. de cap. min.) S. 257—261. — Warum muß eine Frauensperson capite se deminuere, um testiren zu können? (Cic. Top. 4 Gaj. I. §. 115a.) S. 261 f. — Befreiung des Flamen Dialis und der Virgo Vestalis von der p. p. sine c. d. (Gell. I. 12.) S. 263 f. — Erklärung der Emancipations- und Adoptionsformen des alten Rechts (L. 195 de V. S. Gaj. I. §. 132 Epit. I. 6 §. 3 Gaj. I. §. 134.) S. 264—268.

X.

Kritische Bemerkungen zu Gajus IV. §. 45 ff.

Zu §. 47. S. 269. — Zu §. 57. S. 269 f. — Zu §. 60. S. 270. — Zu §. 61. S. 270. — Zu §. 63. S. 270 f. — Zu §. 64 S. 272. — Zu §. 80. S. 272—275. — Zu §. 152. S. 275. — Zu §. 166. S. 277 f. — Zu §. 169. S. 278 f.

XI.

Erzeugung als Erwerbsgrund.

Es ist eine allgemeine Regel des R. R.: Was durch Erzeugung entsteht, kommt in das Recht desjenigen, der es erzeugt hat, oder in

dessen Recht sich die Person oder Sache befindet, von der es erzeugt ist. S. 280. — Begriff und Arten der Erzeugung; verschiedene rechtliche Bedeutung derselben. (Gaj. I. §. 135. §. 4 I. de jure pers. L. 5 §. 2 de R. V. L. 25 §. 1 de usuris). — Künstliche Erzeugung (Specification). (L. 7 §. 7 de A. R. D. §. 25 I. de R. D. L. 12 §. 3 ad exhib. L. 29 §. 1 de don. i. V. et U. L. 45 de usuris). — Regel des Fruchterwerbs S. 287. — Bedeutung der Separation (L. 10 §. 2 de usurp.) S. 287—291. — Vergleichung des Erwerbs durch Sklaven und durch Sachen überhaupt. S. 291 f. — Parallele des Erwerbs ex operis serv. und des Fruchterwerbs. (L. 25 §. 1. 2 de usuris) S. 293—295. — Hieraus erklärt sich der Fruchterwerb des bonae fidei possessor. (L. 48 §. 1 de A. R. D.) S. 296—298. — Fruchterwerb sonstiger Nichteigenthümer. S. 298—300.

XII.
Vertragsabschluß.

Abschluß der Stipulation (L. 1 §. 1 de V. O.) S. 301—303. — Einwilligung nach einer Zwischenzeit bei formlosen Verträgen. S. 303 f. — Abschluß von Verträgen unter Abwesenden, 1) wenn auf die Aufforderung keine Antwort erwartet wird S. 305. — 2) wenn sie eine Frage ist. S. 305—307. — Die Antwort muß an den Fragenden gelangt, sie muß ihm aber nicht bekannt sein. S. 307—309. — Durch den Widerruf der Proposition wird die Acceptation wirkungslos, aber nur, wenn der Widerruf vor vollendeter Acceptation an den Acceptanten gelangt ist. S. 309—311. — Ist die Proposition Aufforderung zu einem bestimmten Handeln (Bestellung), so wird durch dieses Handeln der Vertrag abgeschlossen. (L. 15. mand.) S. 311 f.

Nachträge.

Zu I.

Eine in dem eben erschienenen ersten Heft der neuen Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft S. 21 bis 37 enthaltene Kritik des ersten Hefts dieser Beiträge, welche aber genauer nur auf Nr. I. derselben eingeht, gibt mir willkommene Gelegenheit, mich über einzelne Punkte derselben noch bestimmter zu erklären oder sie gegen unvorhergesehene Einwände sicher zu stellen.

S. 22 a. a. O. wird eine Aufklärung darüber vermißt, „in wie„fern die Erbschaft schon nach den zwölf Tafeln ein Ganzes war, und „wie dieser Begriff sich zu dem des späteren Rechts verhielt, wo die „Usucapirbarkeit der Erbschaft als solcher plötzlich geläugnet wird."

Hierüber kann ich meine Ansicht sehr kurz darlegen. Indem schon nach den zwölf Tafeln der Grundsatz galt: nomina sunt inter heredes ipso jure divisa, ist es klar, daß schon damals die Römer den vollkommen richtigen Begriff der Universalsuccession eines Erben gefaßt hatten, wie er nur in vollständigerer Entwicklung im klassischen und im Justinianischen Recht uns entgegentritt. Eben dieser Begriff lag nach meiner Ansicht ursprünglich auch der usucapio pro herede zu Grunde. Als es aber den Römern zum Bewußtsein kam, daß der Grundgedanke dieses Instituts ein dem Wesen der Erbfolge widerstreitender sei, beschränkten sie die Wirkung der usucapio pro herede auf einen Eigenthumserwerb einzelner Erbschaftssachen. Erst als man sich gewöhnt hatte, diese veränderte Wirksamkeit der usucapio pro herede als die allein mögliche zu betrachten, stellte man sich vor, es habe das alte Recht auf einer Verwechslung der hereditas als des Inbegriffs der res hereditariae mit dem jus universum, quod defunctus habuit, beruht. In der Wirklichkeit hat aber, glaube ich, nie ein Wechsel in der juristischen Auffassung der Erbfolge Statt gefunden. Was S. 22 bis 24 gegen die Bezeichnung und Auffassung der hereditas (jacens) als einer fingirten Person eingewendet wird, beruht auf einem Mißverständniß meiner Darstellung, als identificirte ich die Erbschaft mit der natürlichen Person des Erblassers, wogegen ich einfach auf S. 19—22 meiner Abhandlung verweise. Wenn Recensent S. 24

a. a. O. sagt: „Sachen der juristischen Person haben einen dominus „in derselben, Erbschaftssachen nicht," so scheint er dabei ganz vergessen zu haben, daß Gajus in L. 31 §. 1 de hered. inst. sagt: creditum est, hereditatem dominam esse. Und wenn er unmittelbar vorher meint, zum Wesen der Person überhaupt gehöre es, daß sie, wenn sie auch ein bloser Begriff sei, dennoch durch Stellvertreter das Erworbene für sich realisiren könne, so vergißt er, daß insofern hiezu ein Willensakt z. B. ein jussus nothwendig ist, die Stellvertretung darin voraussetzt, daß die Person Organe habe, welche sie auch in Entschlüssen vertreten können, nicht bloß in äußeren Handlungen, daß es aber offenbar nicht zum Wesen der Person überhaupt oder wenigstens der fingirten Person gehören kann, solche Organe zu besitzen. Warum eigentlich juristische Personen sie haben, Erbschaften nicht haben, ist oben S. 9 a. E. angegeben.

Zu S. 26 oben bemerkt Recensent, beim Streichen des „non" in L. 15 pr. de usurp. sei von mir nicht bedacht worden, daß hier lediglich über die Ansichten von Julianus und Marcellus referirt werde, und daß Marcellus nach seiner in L. 12 de capt. ausgesprochenen Meinung in L. 15 cit. unmöglich zu dem Schlusse kommen könne, den meine Lesart enthielte. Allein hierbei wird ganz übersehen, daß ich S. 28 ff. nachgewiesen habe, wie der Streit zwischen jenen beiden Juristen sich nur auf die fictio des jus postliminii, nicht auch auf die fictio legis Corneliae bezieht.

Die Erklärung, welche Recensent S. 30 a. a. O. von L. 45 §. 1 de usurp. gibt, wird, namentlich insofern sie darauf beruht, daß unter usucapionis primordium der Moment des Eigenthumserwerbs durch Verjährung (usucapionis adimpletae primordium) zu verstehen sei, schwerlich Beifall finden. Dagegen verkenne ich nicht das Gewicht des Einwands gegen meine Lesart, es passe dazu die ratio am Schluß der Stelle nicht. Indessen glaube ich doch, daß bei näherer Erwägung sich dieser Mangel an logischem Zusammenhang als ein nur scheinbarer darstellt. Die wirkliche Gedankenfolge ist diese. Der Erbe kann als solcher eine schon begonnene Usucapion fortsetzen (succedere in usucapionem), so daß er die Usucapionszeit sich nicht erst von seinem eigenen Besitzanfang berechnen zu lassen braucht. Dies setzt aber voraus, daß sein Erblasser schon angefangen hat, Usucapionsbesitzer zu sein, es sei nun in eigner Person oder durch einen Sklaven, bei seinem Leben oder als die persona, quam hereditas sustinet. Gar nicht hat derselbe aber angefangen, auch nur in diesem Sinn Usucapionsbesitz zu haben, wenn sein Sklave nach seinem Tod aus einem andern Grunde, als peculii nomine Besitz erwarb. Hier also muß der Erbe erst auf die Apprehension des Sklaven hin seinerseits animo acquirere possessio-

nem, indem er die Erbschaft antritt, — um die Ersitzung beginnen zu können. So ist die Stelle bei meiner Lesart, wie mir scheint, weder in sich unzusammenhängend, noch trivial.

Mein Hauptargument dafür, daß die successio in omne jus mortui kein bloser Akt, sondern ein dauernder Zustand sei, welches ich aus Gajus III. §. 84 entnehme (S. 46 f. oben), will Recensent S. 34 a. a. O. durch eine Erklärung jener Stelle beseitigen, deren Fundament darin besteht, daß in derselben von dem nach der Arrogation erfolgenden Antritt einer vor der Arrogation deferirten Erbschaft die Rede sein soll. Dies ist aber deshalb ganz unmöglich, weil von dem Arrogirten gesagt wird: desinit jure civili heres esse. Vor dem Antritt ist man ja bekanntlich nicht Erbe; was man aber nicht ist, kann man doch wohl auch nicht „aufhören" zu sein. Ueberdies wäre es auch deshalb ein ganz falscher Ausdruck von der Erwerbung einer Erbschaft durch eine subjecta persona, wenn man sagte, es höre dadurch diese auf Erbe zu sein und der Gewalthaber fange an es zu werden, da L. 79 D. de acqu. h. (29, 2) sagt: Placet, quoties acquiritur per aliquem hereditas — ei, cujus quis in potestate est, confestim acquiri ei, cujus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur, et sic acquiri ei, cui acquiritur. Endlich ist es ein ganz falscher Schluß, daß weil der zweite Theil des §. 84 von dem spricht, quod prius suo nomine eae personae debuerint, der erste Theil von ihren „posterius" contrahirten Schulden rede. Es wird vielmehr in beiden Theilen der Stelle nur zwischen früheren Schulden in eigenem und in fremdem Namen (suo und hereditario nomine) unterschieden. Ein einziger aufmerksamer Blick auf den ganzen Zusammenhang der Stelle reicht hin, um zu überzeugen, daß darin durchaus nur von Veränderungen die Rede ist, welche die arrogatio und in manum conventio in schon bestehenden Rechtsverhältnissen hervorbringt.

Zu II.

Gegen die S. 96 versuchte Begründung des Rechtssatzes, daß nur der legitimus, nicht auch der testamentarius heres die hereditas nondum acquisita cediren kann, ist mir von Herrn Professor Rudorff (brieflich) eingewendet worden, daß die cessio keine Ausschlagung, sondern eine Erhaltung der Delation sei, und daß der legitimus tutor die Tutel cediren könne, obgleich in legitimis tutelis successio est (L. 16 §. 1 D. de tutelis 26, 1).

Jener erste Einwand wäre schlagend, wenn seine Voraussetzung richtig wäre, d. h. wenn die in jure cessio hereditatis nondum aditae wirklich eine Uebertragnng des Rechts, die Erbschaft anzutreten, wäre.

Gerade dieses aber muß ich, so allgemein es auch wohl angenommen ist, bestreiten. Wie ich in meiner Abhandlung de modis liberos in adoptionem dansi (Erl. 1850) §§. V—VII. nachgewiesen zu haben glaube, daß die datio in adoptionem durch in jure cessio keine Uebertragung der patria potestas war, sondern ein völliges Aufgeben derselben zu Gunsten des Adoptivvaters, damit dieser die patria potestas als ein neues Recht durch die prätorische addictio erwerben kann, so ist nach meiner Ansicht auch die in jure cessio hereditatis in der That zunächst eine Repudiation, in Folge deren der Cessionar durch seine Vindication und die prätorische Addiction die hereditas selbst erwirbt, nicht das blose Recht, sie anstatt des Cedenten anzutreten. Dem entspricht auch ganz der Ausdruck des Gajus (II. §. 35): si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Würde nun aber der testamentarius heres durch in jure cessio hereditatis repudiiren, so könnte der legitimus heres antreten und die hereditas von dem Cessionar des testamentarius heres vindiciren, der sich dagegen auf die prätorische addictio hereditatis nicht berufen könnte, weil diese zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte erfordert, daß in dem von dem Cedenten aufgegebenen Recht das einzige Hinderniß für den Erwerb des Cessionars lag, während sie kraftlos ist, wenn der Verzicht des Cedenten zunächst einem Dritten die Möglichkeit verschaffte dieses Recht zu erwerben; dieses Recht des Dritten kann die confessio des Cedenten und die darauf erfolgende Addictio an den Vindicanten nicht beseitigen. Die Kraft der in jure cessio beruht darauf, daß addictio jus facit; aber dies setzt voraus, daß der, von welchem vindicirt wird, der ausschließlich berechtigte contradictor sei.

Was den zweiten Einwand anlangt, so spricht L. 16 cit. nur von gewissen legitimae tutelae, nicht von allen. Auch halte ich für den wahren Grund, aus welchen legitimae tutelae über Frauenspersonen als cessibel betrachtet wurden, den, daß dadurch ein de jure fähiger, de facto unfähiger Tutor der Frauensperson einen wirklich tauglichen Vormund sollte geben können.

Zu III.

S. 105 ff. dieses Aufsatzes ist die Ansicht ausgeführt, daß die Regel: obligatio ex heredis persona incipere nequit schon in der Zeit der klassischen Juristen im Bereich des jus gentium, d. h. soweit damals freiere Rechtsansichten zur Geltung gelangten, wie bei den bonae fidei negotia und den Fideicommissen, hintangesetzt wurde. Dies

wird bewiesen durch Gaj. II. §. 277, sowie durch L. 12 §. 7 L. 13 und L. 27 §. 1 mandati. Wie mit den beiden letztern, aus Schriften des Gajus genommenen Stellen, welche geradezu die Wirksamkeit eines nach dem Tod des Mandanten auszuführenden Mandats aussprechen, die Stelle der Institutionen des Gajus III. §. 158 (si quid post mortem meam faciendum mandetur, inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse), welche mir Hr. D. Dernburg in der oben angeführten Heidelberger Zeitschrift S. 4 vorhält, zu vereinigen sei, ist freilich schwer zu sagen. Ich vermuthe aber, daß Gajus hier eine überlieferte Regel vorträgt, die zu seiner Zeit bereits und von ihm selbst nicht mehr streng angewendet wurde, und nachher ganz außer Uebung kam. Jedenfalls ist es irrig, wenn Hr. D. Dernburg glaubt, was Gaj. III. §. 117 schreibt, sei mit §. 158 cit. in vollem Einklang. Das Mandat des adstipulator besteht, wie Gajus ausdrücklich sagt, darin: ut is post mortem nostram agat; es läßt sich also durchaus nicht bestreiten, daß es ein Mandat ist, das ein „post mortem nostram faciendum" zum Inhalt hat; ein solches nennt Gajus im §. 158 cit. ein inutile mandatum; läßt er also hier ein mandati judicium daraus zu, so ist dies ein entschiedener Widerspruch, der wohl am richtigsten aus der Singularität der adstipulatio überhaupt erklärt wird, zugleich aber auch, wie ich schon oben S. 106 ausführte, meine Ansicht unterstützt.

Zu IV.

Für das hier S. 125 Gesagte ist zu vergleichen §. 8 I. de J. N. (1, 2): — quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.

Zu VIII. (am Ende).

Klagen aus Contrakten einer subjecta persona, welche eine ignorantia des Contrahenten voraussetzen, erwirbt der Gewalthaber, wenn die abhängige Person bona fide contrahirte, selbst dann, wenn dies in seiner Gegenwart geschah, und er dabei Kenntniß von dem Umstande hatte, dessen Bewußtsein die Erwerbung eines Rechts aus dem Contrakt für den Contrahenten gehindert hätte. L. 12 D. de contr. emt. (18, 1). Blos eine exceptio doli gegen die Klage des Gewalthabers aus dem Contrakt der abhängigen Person kann, selbst wenn diese peculiari nomine contrahirt hat, darauf gestützt werden, daß er praesens fuit, potuitque filium emere prohibere. L. 16 §. 4 D. de lib.

causa (40, 12). Wäre hieraus auf den Erwerb des Usucapionsbesitzes durch den für sein Peculium erwerbenden filiusfamilias zu schließen, so müßte man sagen, der Vater usucapirt hier, auch wenn er bei gleichzeitiger Kenntniß vom Erwerbsakt die scientia rei alienae hat, und es steht nur seiner Publiciana actio (oder rei vindicatio nach vollendeter Usucapion) eine exceptio doli entgegen. L. 2 §. 13 D. pro emtore sagt aber geradezu: si eo ipso tempore, quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum. Die obligatio, welche durch eine subjecta persona erworben wird, geht wenigstens bei einem juris gentium contractus durch diese selbst hindurch, d. h. sie entsteht, so zu sagen, als fertiges Recht der subjecta persona, und der Gewalthaber kann nur daraus klagen. Dagegen bei der Usucapion ex peculiari causa besteht die auf den Gewalthaber zu beziehende Wirkung darin, daß dadurch der Keim eines für ihn entstehenden Eigenthums gelegt wird, nicht blos darin, daß er eine Klage daraus gewinnt.

Berichtigungen.

S. 13 Z. 13 v. o. l. dann st. diese.
S. 23 Z. 4 v. o. l. L. 44 §. 3 st. §. 5.
S. 38 Z. 6 v. o. l. judex esto st. i. e.
S. 63 Z. 17 v. o. ist nach dann hinzuzudenken: dieselbe.
S. 68 Z. 14 v. o. ist das Komma nach et zu streichen.
S. 120 Z. 3 v. u. l. recht st. fecht.
S. 152 Z. 13 v. u. l. nisi ipsis ei formulae st. nisi ei ipsis formulare.
S. 155 Z. 12 v. o. sollte nach condemna ein Komma stehen.
S. 155 Z. 14 v. o. ist das Komma nach compensatione zu streichen.
S. 160 Z. 4 v. o. sollte nach „excipirt" ein Doppelpunkt stehen.
S. 163 Z. 14 v. u. l. cadis st. codis.
S. 166 Z. 15 v. u. l. Restes st. Rechts.
S. 214 Z. 12 v. u. l. den st. dem.
S. 217 Z. 4 v. o. l. acquiritur st. acquiratur.
S. 233 Z. 13 v. u. l. den st. der.
S. 238 Z. 14 u. 14 v. u. ist der ganze Satz: „Sind nun — erweislich?" zu streichen.
S. 260 Z. 7 v. u. gehört das Komma vor „kann".
S. 271 Z. 5 v. u. l. den st. der.
S. 293 Z. 17 v. u. l. domini st. dominii.

de la Ray